

بسم الله وبعد: تم الرفع بحمد الله من طرف بن عيسى ق متخرج من جامعة المدية سنة 2007

للتواصل وطلب المذكرات :

بريدي الإلكتروني: benaissa.inf@gmail.com

MSN : benaissa.inf@hotmail.com

Skype :benaissa20082

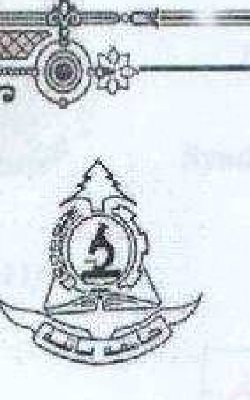
هاتف : 0771087969

دعوة صالحة بظهر الغيب....

جامعة الحاج لخضر. باتنة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي

- التحكيم نموذجا -

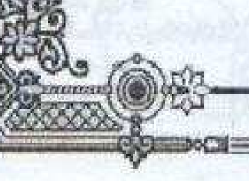
بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية

تخصص: قانون إداري وإدارة عامة

إعـداد الطالبة:
بولقواس سناء

إشراف الدكتورة:
مزياني فريدة

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة	الصفة
د. قريشي علي	أستاذ محاضر	جامعة باتنة	رئيسا
د. مزياني فريدة	أستاذة محاضرة	جامعة باتنة	مشرفا ومقررا
أ. د. عزري الزين	أستاذ التعليم العالي	جامعة بسكرة	عضوا مناقشا
د. دراجي عبد القادر	أستاذ محاضر	جامعة باتنة	عضوا مناقشا



السنة الجامعية: 2010 – 2011 م

تشكر وعرفان

الحمد لله رب العالمين سبحانه أنزل القرآن خلق الإنسان، علمه البيان، وميزه عن كثير من المخلوقات بنعمة العقل، فله سبحانه الحمد والشكر كله بأن وفقني بإنجاز هذا العمل.

لا يسعني وأنا انهي هذا العمل المتواضع إلا أن أتقدم بفائق الشكر والعرفان لأستاذتي والمشرفة على مذكرتي الدكتورة مزياني فريدة، التي كانت ولا تزال نبراسا للعلم والمعرفة في الميدان القانوني ومنها تعمقت تجربتي لرسم معالم هذا البحث.

كما أقدم بفائق الشكر لشركة خير جليس لمساعدتي على إنجاز هذا العمل.

الإهداء

إلى من ضحت و لا تزال مستعدة للتضحية من أجل سعادتي، إلى من حقنت هذا القلم حبرا من صبرها و كرمها و عطائها و تشجعيها حتى أصبح قادرا على الكتابة، إلى الوحيدة التي تتمنى أن تراني أحسن منها، إلى من رأتني بقلبها قبل عينيها، إلى الوحيدة في قلبي،

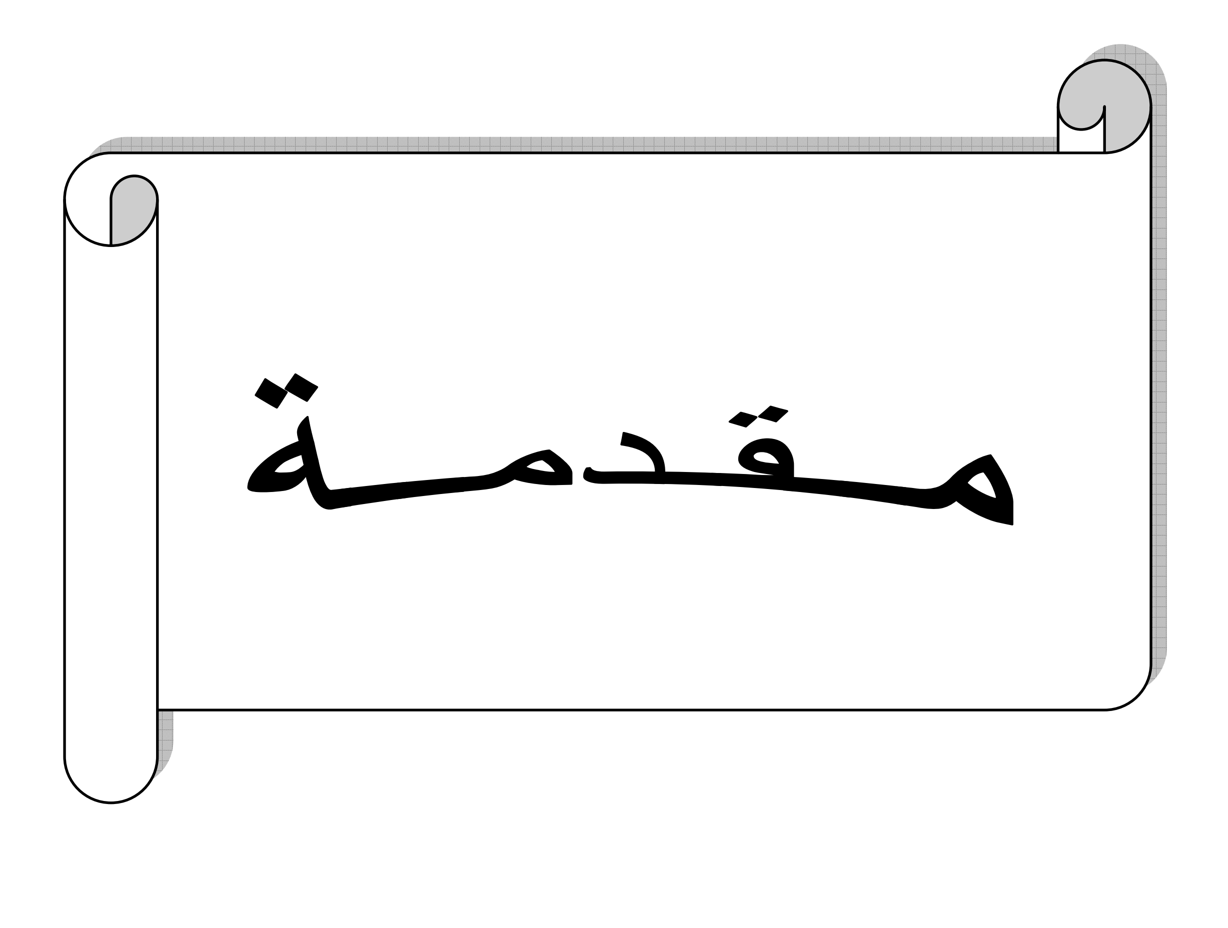
إلى الغالية ، أمي

إلى ذلك الصرح الشامخ في قلبي، إلى من لم يبخل علي بما طلبته و بما لم أطلبه، إلى من كان نجاحنا في الحياة هدفه، إلى من أتنمى أن أتمكن من رد اليسير من فضله، إلى نبراسي، مربي الأجيال و معلمي الأول،

إلى الغالي، أبي

إلى شقيقاتي و سندي في هاته الحياة

إلى من كانوا شعلة تضئ حياتي ودربي بالأمل والبسمة، إلى من لو كنت أعرف فوق الشكر منزلة من الشكر عند الله لقدمتها لهم، كل أساتذتي بالكلية.


مقدمة

يعد القضاء الطريق الطبيعي لحل المنازعات ووسيلة إقرار العدل في المجتمع بين مختلف أفراده، لأن القضاء مظهر من مظاهر سيادة الدولة ولا يمكن ممارسته إلا من قبل السلطة العامة في الدولة، ولما كانت الجزائر إحدى الدول التي تأخذ بنظام ازدواجية القانون والقضاء وكرسه دستورها وقوانينها، جعل الفصل في المنازعات التي توجد فيها جهة الإدارة كسلطة عامة من اختصاص القضاء الإداري سواء كان موضوع النزاع منصبا على عمل منفرد أو عقد، ويحتل هذا الأخير الصادرة في النظم القانونية المختلفة، فهو المرتكز الأساسي للمعاملات على الصعيدين المحلي والدولي، ويلعب دورا هاما في تنظيم العلاقة بين أطراف العلاقة العقدية، فمن خلاله تنشأ الغالبية العظمى من الحقوق والالتزامات وتستقر به المراكز القانونية المختلفة.

جعل الفصل في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية من اختصاص القضاء الإداري بالنظر للخصائص التي يتميز بها العقد الإداري وتوجهه لتحقيق المصلحة العامة، لكن مع التطورات التي أملتها ظروف التجارة والاستثمار سواء الداخلي أو الدولي، وحاجة الدول النامية لرؤوس الأموال بفعل متطلبات التنمية ظهرت الحاجة لوجود ضمانات قانونية من شأنها العمل على تحفيز وتشجيع الاستثمارات الأجنبية، ومن بين هذه الضمانات ضرورة وجود طرق بديلة لحل المنازعات التي تنشأ بمناسبة تنفيذ العقد بدلا عن اللجوء إلى القضاء الوطني للدولة المتعاقدة ومن بين هذه الطرق: التحكيم، الوساطة، الصلح، التوفيق...الخ.

يعد التحكيم الطريق البديل أو الوسيلة الأكثر ملاءمة لحل منازعات العقود الدولية بصفة عامة وعقود التجارة الدولية بصفة خاصة، لأن المحاكم لم تعد بالقادرة على التصدي لمختلف هذه المنازعات بشكل منفرد، إلى جانب ظهور الحاجة الماسة للتخصصية من قبل من ينظر في هذه النازعات، ولم يعد التحكيم طريقا بديلا لحل منازعات التجارة الدولية والاستثمار فقط بل وأصبح ضرورة وحتمية بالنسبة لطائفة أخرى من العقود والتي كانت لوقت قريب في منآى عنه، وهي العقود الإدارية والتي يكون أحد أطرافها الدولة أو أحد أشخاص القانون العام بوصفه سلطة عامة، وعلى الرغم من معارضة بعض الفقه لإدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية بصفة عامة والعقود الإدارية ذات الطابع الدولي بصفة خاصة إلا أن ما طرأ من تغيرات اقتصادية واجتماعية جعل من اللجوء إليه حتمية، وهو ما أدى لتزايد الاهتمام بالطرق البديلة لحل المنازعات في مختلف الأنظمة القانونية والقضائية.

إلى جانب التحكيم هناك طرق بديلة أخرى يتم اللجوء إليها لحل المنازعات التي تثور والمتعلقة بالعقود الإدارية ذات الطابع الدولي وهي الوساطة والمفاوضات...الخ، المشرع الجزائري وقبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية نص صراحة في المرسوم التشريعي رقم 09/93 على

عدم إمكانية لجوء الأشخاص العامة للتحكيم ماعدا في علاقاتها التجارية الدولية، غير أنه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وبالنظر لما تحتله الوسائل البديلة لحل المنازعات من مكانة بارزة في الفكر القانوني والاقتصادي على المستوى العالمي، وما شهده العالم منذ نصف قرن وأزيد من حركة فقهية وتشريعية لتنظيم الوسائل البديلة بالنظر للدور الذي تلعبه على صعيد التقاضي، أدى بالدول للعمل جاهدة على إيجاد إطار ملائم يضمن لهذه الطرق تقنينها ومن ثم تطبيقها لتكون أداة فعالة لتحقيق وتكريس العدالة.

ستقتصر دراستنا على التحكيم كطريق بديل لحل هذه المنازعات والذي بدأت أهميته تبرز فيها بشكل جلي لاسيما مع زيادة التعاقدات في الوقت الراهن التي تبرمها الإدارة مع الأشخاص الأجانب لتسيير المرافق العامة لاسيما عقود الامتياز مع الشركات الأجنبية والتي تؤدي دورا فاعلا في اقتصاديات الدول، وإلى جانب هذه العقود ظهرت عقود أخرى على غرار عقود البوت والذي تتشارك فيه الدولة والقطاع الخاص مهمة القيام بأعباء التنمية وتأخذ مشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية الأساسية أو التحتية أشكالا عديدة وبدرجات متباينة تبعا لمدى تحويل ملكية الأصول والإدارة من القطاع العام إلى القطاع الخاص وما يترتب عن ذلك من نقل للمخاطر المالية والفنية والتجارية من عاتق القطاع العام لعاتق القطاع الخاص.

تثور بصدد العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الخاضعين لقانونها الداخلي العديد من المنازعات والإشكاليات، غير أن هذه الإشكاليات تتضاعف كلما كان العقد مبرما بين الدولة وأحد الأشخاص الأجنبية بسبب التفاوت في المراكز القانونية لأطراف الرابطة العقدية، فالدولة من جهة أحد أشخاص القانون العام الداخلي وأحد أشخاص القانون الدولي العام، في حين أن المتعاقد معها ليس كذلك كأصل عام، وهذا التفاوت في المراكز القانونية لطرفي العلاقة التعاقدية الدولية يضفي عليها طابعا خاصا وكذا استقلالية تؤدي لتميزها عن غيرها من العقود الأخرى التي تبرم في إطار العلاقات التجارية الدولية، وهو ما دفع بالفقه للقول بأن وجود الدولة كطرف في هذه العقود يقتضي إخضاعها لنظام مختلف عن الذي تخضع له العقود المبرمة في إطار العلاقات التجارية الدولية لأن هذا النوع من العقود يوجد في حدود كل من القانون العام، والقانون الدولي الخاص، وكذلك القانون الدولي العام وهو ما يجعل من النظام القانوني الحاكم لمثل هذه العقود مسألة شائكة.

على الرغم من التوجه نحو الخصخصة إلا أن ذلك لن يؤثر على مستقبل العقود الإدارية ذات الطابع الدولي لا من ناحية الكم ولا من ناحية الكيف، لأن هذه العقود بطبيعتها سواء المبرمة بين الدولة أو الأجهزة التابعة لها ذات أهمية قصوى في اقتصاديات الدول سواء كانت الدولة من نظام اقتصادي حر أو نظام اقتصادي موجه، وهو ما يمكننا الاستدلال عليه من خلال استقراء المنازعات

الناشئة عن عقود الدولة الدولية التي عرضت للتحكيم والتي كانت أغلبيتها مبرمة بين دول لا تتبع نظاما اقتصاديا موجها وإنما تتبع نظاما اقتصاديا رأسماليا وبين شركات أجنبية رأسمالية.

دراسة التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي لا تستمد أهميتها من القيمة الكمية والكيفية فقط لهذه العقود، بل يتعداها للدور الذي تؤديه في اقتصاديات الدول النامية والمتطورة على حد سواء، وترتبط الدول في كثير من الأحيان باتفاقيات ثنائية أو جماعية تهدف لحماية تنظيمها من خلال إبرام العقود بين الدولة وبين أحد رعايا الدولة الأخرى، وتعد هذه العقود ذات أهمية قصوى بالنسبة للدول الآخذة في النمو لأنها تعد في الكثير من الأحيان الركيزة التي من خلالها يتم بناء هياكلها لاقتصادية وتنظيم بنيتها الأساسية وإدارة مرافقها العامة على نحو يجعل من هذه العقود عاملا حيويا ورئيسيا في تحقيق الخطة الاقتصادية للدول الآخذة في النمو.

أهمية البحث:

1. يثير موضوع العقود الإدارية ذات الطابع الدولي العديد من التساؤلات بالنظر لتضمنه العديد من الشروط الجديدة كالتحكيم وشرط الثبات التشريعي وغيرها من الشروط، وهي الشروط الغير المألوفة في مفهوم العقد الإداري بصورته التقليدية مما يؤدي للتساؤل فيما إذا كانت الدولة مازالت تحتفظ بسلطاتها تجاه المتعاقد معها بأن يتضمن هذا النوع من العقود شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.

2. الاتجاه نحو مفهوم جديد للعقود الإدارية ذات الطابع الدولي ينظر لها من الجانب الدولي ويوازن بين مصلحة الدولة من ناحية وعلاقتها بالدول الأخرى من ناحية أخرى.

3. تطوير أساليب تسوية المنازعات في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي وإن كانت إدارية، وما واكب هذا التطوير من نص المشرع الجزائري على إمكانية التحكيم في مجال العقود الإدارية في القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الإشكالية:

نظرا لكون العديد من التشريعات في الدول التي تعرف فكرة العقد الإداري وتأخذ بازدواجية القانون والقضاء قد تخلت عن الحظر الوارد على قبول الدولة والأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام شرط التحكيم في العقود الإدارية بشكل كامل أو جزئي.

وتتمثل الإشكالية في : هل أن العقود الإدارية ذات الطابع الدولي تخضع لذات النظام القانوني المتميز الخاص بها في القانون الداخلي على الرغم من وجود شرط التحكيم؟ أم أن إدراج هذا الشرط في هذه العقود من شأنه أن يؤدي لافتراض التنازل الضمني من قبل الدولة أو أشخاص

القانون العام عن إعمال القواعد القانونية الخاصة التي توجد في القانون الإداري والمتعلقة بالعقود الإدارية؟

ويتفرع عن هذه الإشكالية التساؤلات التالية:

* متى نكون بصدد عقد إداري ذو طابع دولي؟ وكيف يتم إدراج شرط التحكيم في هذه العقود؟

* لما كان العقود الإدارية ذات الطابع الدولي عقودا دولية يجتذبها أكثر من نظام قانوني لدولة واحدة، فما هو القانون الواجب التطبيق عليها؟ وكيف يمكن أن يؤثر غياب الاتفاق الصريح أو الصياغة غير الدقيقة لشرط أو اتفاقية التحكيم سلبا على هذا النوع من العقود؟

* لما كان إدراج اتفاق التحكيم في هذه العقود مرتبط أساسا بإرادة الأطراف المتعاقدة فهل عدم احترام القانون الواجب التطبيق المختار من الطرفين المتعاقدين يرتب البطلان لهذا الحكم التحكيمي؟ أم أن الدولة تكون ملزمة بتطبيقه؟

المنهج المتبع:

نستخدم في دراستنا مقاربة منهجية تتمثل في مناهج البحث التالية: المنهج الوصفي والتحليلي في كل فصول الدراسة، وكذلك تقنية تحليل المضمون ونحن بصدد تحليل النصوص القانونية في التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية في كل من الفصلين الأول والثاني، والمنهج المقارن في بعض الأجزاء من الفصلين الأول والثاني بصدد مقارنة ما أخذت به التشريعات والاتفاقيات الدولية في مجال التحكيم في العقود الإدارية، ومنهج دراسة الحالة بصدد دراستنا للقوانين والاتفاقيات الدولية.

أسباب اختيار الموضوع:

(أ) الأسباب الذاتية:

ندرة المؤلفات القانونية التي تناولت موضوع التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي بالدراسة والتحليل المستفيض الذي يتناسب والدور الذي تضطلع به هذه الأخيرة على عكس موضوع التحكيم التجاري والتحكيم الدولي.

(ب) الأسباب الموضوعية:

1. نص المشرع الجزائري على إمكانية اللجوء إلى التحكيم كطريق بديل لحل منازعات العقود الإدارية في أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2. دراسة مدى فعالية التحكيم كطريق بديل لحل منازعات العقود التي يكون أحد أطرافها الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الاعتبارية بصفتها طرفا في النزاع بالنظر لما يثيره التحكيم في مثل هذه

العقود من مسألة أهلية الدولة والأشخاص المعنوية العامة التابعة لها على الاتفاق للجوء إليه، وأثر ذلك على حصانة الدولة القضائية.

3. طرح العقد الدولي مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق عليه بسبب تضمنه لعنصر أجنبي مما يؤدي لتدويل العقد، ومن ثم تجاذبه من قبل أكثر من نظام قانوني، والذي قد يترتب على غياب التحديد الدقيق للقانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض على التحكيم للتأثير سلبا على طبيعة العقد الإدارية بإخضاعه لقانون أو قواعد لا تتناسب مع طبيعته.

4. الوقوف على الكيفية التي من خلالها يمكن المحافظة على سمات أو خصائص العقد الإداري في ظل اللجوء إلى التحكيم كطريق لحل المنازعات التي تثور بشأن العقود الإدارية ذات الطابع الدولي.

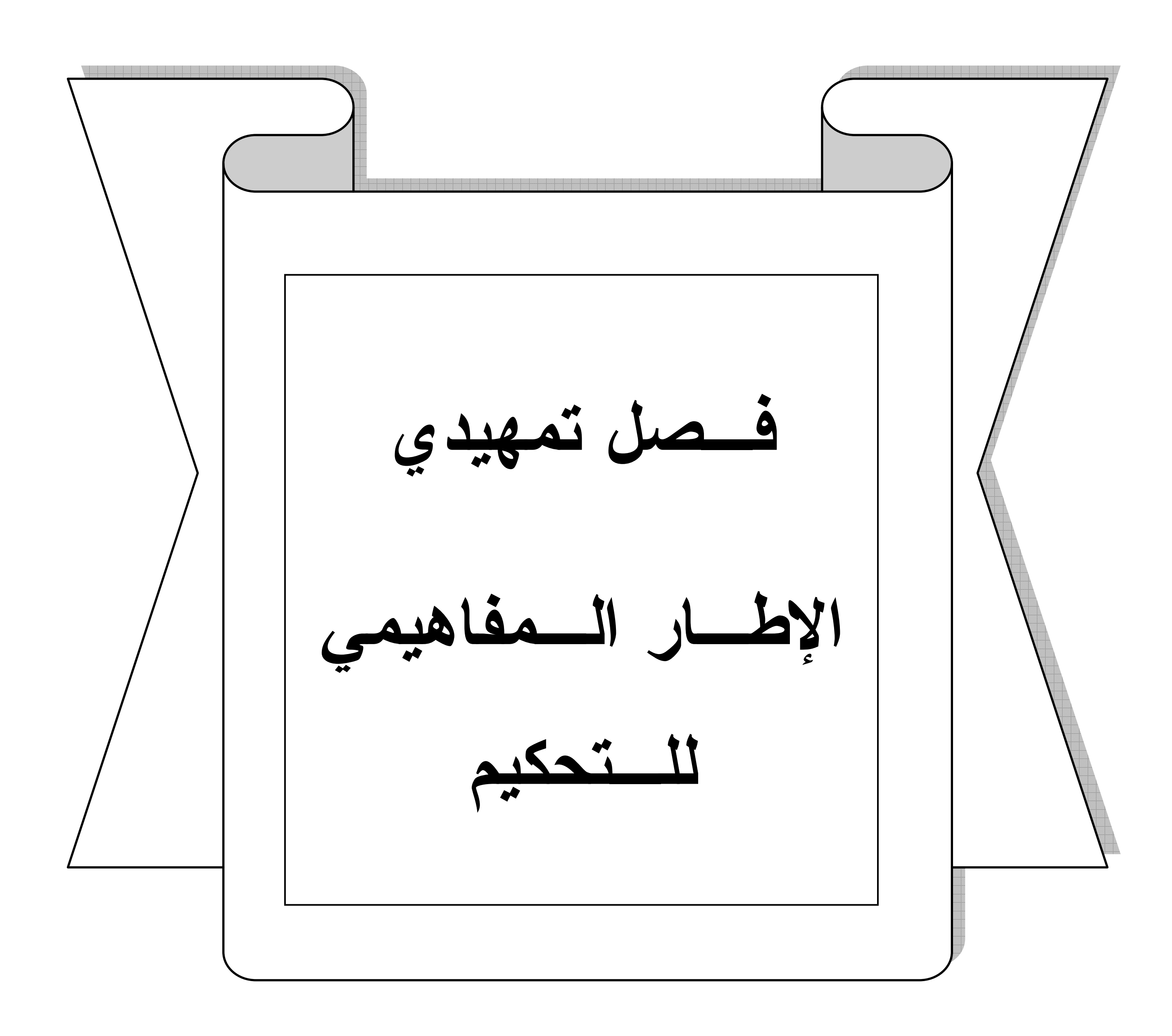
صعوبات البحث:

1. ندرة المؤلفات في الفقه العربي في مجال العقود الإدارية ذات الطابع الدولي بالنظر لكون فكرة العقد الإداري الدولي لا تزال بالجديدة في فقه القانون العام.

2. حداثة موضوع التحكيم كطريق بديل للقضاء في حل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي أدى لنقص في الأحكام الصادرة عن الهيئات التحكيمية في هذا الصدد.

خطة الدراسة:

للإجابة عن الإشكالية السابقة ارتأينا تقسيم دراستنا لثلاثة فصول، نتناول في الفصل التمهيدي الإطار المفاهيمي للتحكيم مبرزين فيه مفهوم التحكيم، ومختلف الصور التي يمكن أن يأخذها هذا الأخير وتمييزه عن ما يشابهه من نظم، ونتناول في الفصل الأول النظام القانوني لاتفاق التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي مبرزين مفهوم العقد الإداري و الطابع الدولي، والطرق التي يتم بها إبرامه، ولما كان إعمال شرط التحكيم المدرج في العقد أو في الاتفاقية التي يستند إليها مرتبط وجودا وعدما بإخلال أحد الطرفين المتعاقدين بالتزاماته التعاقدية، أو مساسه بحق من الحقوق المقررة له بموجب العقد أو القانون، لذا سنقوم بإبراز حقوق والتزامات كل طرف، ونتعرض في الفصل الثاني للدعوى التحكيمية في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي مبرزين كلا من القانون الواجب التطبيق عليها وفعالية الأحكام التحكيمية.


فــصل تمهيدي
الإطـــار الـــمفاهيمي
للـــتحكيم

لقد ازدادت في الآونة الأخيرة أهمية التحكيم كطريق يتم اللجوء إليه لفض أو تسوية المنازعات، غير أن هذا الأسلوب عرف في المجتمعات القديمة[1] قبل ظهور قضاء الدولة، الذي يعد مظهرا من مظاهر سيادة الدولة ولا يمارس إلا بواسطة السلطة العامة فيها، ويرجع ازدهار استخدامه في الآونة الأخيرة لجملة من الأسباب لاسيما ما تعلق منها بما طرأ على العلاقات الاقتصادية الدولية من تطورات وتشعبها، وهو ما أدى للبحث عن طريقة لحل ما يمكن أن يكتنفها من منازعات وكان التحكيم هو الوسيلة الأنجع بالنظر إلى ما يتسم به هذا الأخير من سرعة وبساطة في الإجراءات، بالإضافة إلى ما يحققه من إنصاف بسبب الحياد الذي يتسم به المحكم أو المحكمين المختارين للفصل في المنازعة، لاسيما إذا كان تحكيما دوليا بعيدا عن القضاء الوطني للدولة الطرف في علاقة عقدية دولية، لأنهم يرون أن هذه الأخيرة ستكون خصما وحكما في ذات الوقت.[2]

ويتسم التحكيم كطريقة لتسوية المنازعات التي تطرأ أو قد تطرأ بأسلوب فريد لتسوية المنازعات، لأن أطراف الخصومة يختارون من سيبت في منازعاتهم فور إبرام العقد وقبل أن تثور أي منازعة بصدده، وذلك بإدراج شرط التحكيم في العقد الأصلي أو في وثيقة مستقلة ملحقة به، كما قد يأتي إدراج شرط التحكيم لاحقا على العقد وبعد نشوء المنازعة في اتفاق منفصل عن العقد الأصلي.

تستلزم دراسة موضوع التحكيم كطريق بديل لفض منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي أن نتناول مفهوم التحكيم ونبرز أنواعه ونميزه عن غيره وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: مفهوم التحكيم.

المبحث الثاني: أنواع التحكيم وتمييزه عن ما يشابهه.

1- كان التحكيم معروفا عند **الآشوريين** غير أنه كان يعتمد على الكهنة، وهو ما أكده اللوح المعثور عليه المحرر بالسومرية الذي يتضمن نصوص معاهدة أبرمت في القرن 32 ق م بين مدينة "لجش" ومدينة " أوما" السومريتين التي نصت على وجوب احترام خندق الحدود بين المدينتين وعلى شرط التحكيم لفض أي نزاع ينشأ بينهما بشأن الحدود، وعرف التحكيم عند **قدماء المصريين** حيث كان للأفراد حق اللجوء إلى التحكيم لفض ما ينشا بينهم من منازعات ويكون حكم التحكيم نهائي وقابل للتنفيذ دون حاجة إلى عرضه على القضاء، وعرف عند **الإغريق** حيث كان في اليونان مجلس دائم للتحكيم يتولى الفصل في المنازعات بين المدن اليونانية، وقد قنن *solon* التحكيم وأدخله بالتشريع اليوناني (640_558ق .م)، أما **الرومان** فقد عرفوا التحكيم منذ القرنين 7 و 6 ق. م في مجال القانون الخاص بين الشعب الروماني أما في مجال القانون الدولي فلم يعرفوه لإنكارهم المساواة بين الشعوب والشعب الروماني، وتضمنت الألواح الإثني عشرة في روما (450_ 495 ق م) مبدأ تحكيم العائلة والعشيرة، أما العرب عرفوا نظام التحكيم قبل الإسلام بقرون وكانوا يحكمون الكهنة أو العرافين أو الوجهاء، وكان التحكيم اختياريا وغير ملزم للخصوم لعدم وجود سلطة عامة تلزم الأفراد به.

- محمود علي السرطاوي، التحكيم في الشريعة الإسلامية، دار الفكر، عمان، الطبعة الأولى،2007، ص ص 18،16.

- Georgios I. Zekos, International Commercial and Marine arbitration, Routledge- Cavendish, Abingdon, 2008, p 9, 10.

2– أحمد عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، د ط، 1990، ص 8.

- Georgios I. Zekos, OP. Cit, p 3.

المبحث الأول:
مفهوم التحكيم

أصبحت الدول لا تحتكر وحدها سلطة الفصل في المنازعات التي تنشأ، وذلك بنصها صراحة على إمكانية أن يتم اللجوء إلى التحكيم كوسيلة أخرى لفض ما نشأ أو ينشأ من منازعات بإيراد ذلك في العقد أو في اتفاقية تستند إليه أو في وثيقة مستقلة عنه سواء كان شرط تحكيم أو اتفاق تحكيم، إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة دون اللجوء إلى قضاء الدولة صاحب الولاية العامة والاختصاص بالفصل في جميع المنازعات، بعد إجازة تشريعاتها اللجوء إلى التحكيم فيها، فبعد أن كانت التشريعات والفقه رافضين لفكرة التحكيم في مجال العقود الإدارية لكن وبالنظر للتطورات السالفة الذكر كان لزاما عليها تعديل تشريعاتها لمواكبة تلك التطورات على غرار المشرع الجزائري الذي نص في قانون الإجراءات المدنية والإدارية على إمكانية التحكيم في العقود الإدارية.

تناول مفهوم التحكيم هو مسألة أولية لتحديد نطاق بحثنا، لن يتحقق إلا بتناول مفهوم التحكيم، ببيان تعريفه وطبيعته القانونية والتي كانت محل خلاف بين القائل بالطبيعة العقدية له وبين قائل بالطبيعة القضائية له وبين قائل بالطبيعة المختلطة له.

المطلب الأول:
تعريف التحكيم

نتناول تعريف التحكيم من الناحية اللغوية ومن الناحية الاصطلاحية بإيراد البعض من التعريفات التي أوردها الفقه، ومن خلال هذه التعريفات نصل في الأخير إلى بيان عناصر نظام التحكيم وهذا ما سنقوم ببيانه ذلك على النحو التالي:

الفرع الأول:
التعريف اللغوي والاصطلاحي للتحكيم

سنقوم من خلال هذا الفرع ببيان تعريف التحكيم الذي سيكون محور دراستنا وذلك من خلال بيان تعريفه من الناحية اللغوية وكذا من الناحية الاصطلاحية وذلك على النحو التالي:

أولا: التحكيم لغة

التحكيم في اللغة: مصدر حكَم وأصلها حكم، حكم: حكما: رجع. يقال رجع "أحكمه فحكم" أي أرجعه فرجع، وحكم الفرس: جعل عليه حكمة، وحكمه عن كذا: منعه وردَه.[1]

وعرف بأنه: مصدر حكم بالأمر حكما، يقال: حكم له، وحكم عليه، وحكم بينهم.[2]

و التحكيم في اللغة مأخوذة من كلمة حكم، وهو المنع وأول المنع الحكم فهو منع من الظلم، ومعناه التفويض وحكم فلانا في كذا إذا جعل أمره إليه وفوضه بالحكم، وحكمًه في أمره تحكيما أمره أن يحكم، وحكمت الرجل بالتشديد فوضت الحكم إليه، وأمرته أن يحكم فيه. والمحكم الشيخ المجرب المنسوب إلى الحكمة.[3]

ويعرف التحكيم كذلك بأنه:" مصدر حَكَم يحكم تحكيما، والمادة (ح ك م)، وهذه المادة وما تصاغ منها تطلق على معان كثيرة ترجع إلى أصل واحد وهو المنع، قال ابن فارس: " الحاء والكاف والميم أصل واحد هو المنع من الظلم، وسميت حَكَمة الدابة اللجام؛ لأنها تمنعها، يقال: حكمت الدابة، وأحكمتها. يقال حكمت السفيه وأحكمته، إذا أخذت على يديه، والحكمة هذه قياسها، لأنها تمنع من الجهل."

وقال العلامة ابن منظور:" حكمَت بمعنى منعت ورددت ومن هذا قيل للحاكم بين الناس حاكم؛ لأنه يمنع الظلم من الظلم. قال الأصمعي: أصل الحكومة رد الرجل عن الظلم، قال: منه سميت حكمة اللجام لأنها ترد الدابة، ويقال حكمنا فلانا فيما بيننا أي أجزنا حكمه بيننا، وحكَمه في الأمر فاحتكم، ويقال حكمته في مالي إذا جعلت إليه الحكم فيه فاحتكم علي في ذلك."

وقال الفيروزابادي:" الحكم بالضم: القضاء، ج أحكام، وحكمَه في الأمر تحكيما: أمره أن يحكم فاحتكم."[4]

-[1] المنجد في اللغة والإعلام، دار المشرق بيروت، الطبعة التاسعة والعشرون، 1988، ص 146.

[2]-إياس بن منصور الراجحي، مسؤولية المحكم في نظام التحكيم السعودي، بحث مقدم استكمالا للحصول على درجة الماجستير في العدالة الجنائية تخصص التشريع الجنائي الإسلامي ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، الرياض،2008، ص 7.

[3]- زهير عبد الله علي آل جابر لقرني ، دور القضاء في التحكيم، بحث مقدم استكمالا للحصول على درجة الماجستير في العدالة الجنائية تخصص التشريع الجنائي الإسلامي ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا،قسم العدالة الجنائية، الرياض، 2008، ص 34.

[4]- ناصر بن حمد الراجحي، التحكيم في المنازعات المالية في الفقه والنظام السعودي، بحث مقدم استكمالا للحصول على درجة الماجستير في العدالة الجنائية تخصص التشريع الجنائي الإسلامي ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا،قسم العدالة الجنائية، الرياض، 2008، ص 26.

ثانيا: التحكيم اصطلاحا

عرف التحكيم بأنه:" الاتفاق الخطي المتضمن إحالة الخلافات القائمة أو المقبلة على التحكيم سواء أكان اسم المحكم أو المحكمين مذكورا في الاتفاق أم لم يكن."[1] ، يعاب على هذا التعريف أنه لا ينطبق على تعريف التحكيم في التشريع الجزائري لأنه يشترط تضمين شرط التحكيم وكذا اتفاق التحكيم تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كيفيات تعيينهم سواء في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها،[2] غير أن التعريف السابق للتحكيم ينطبق على بعض التشريعات على غرار التشريع الأردني، ويمكن استقراء ذلك من خلال قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001.

وعرف بأنه:" تولية الخصمين حكما يحكم بينهما، أي اختيار ذوي الشأن شخصا أو أكثر للحكم فيما تنازعوا فيه دون أنو يكون للمحكمة ولاية القضاء بينهما، ومن ثم التحكيم شرعا يعني تولية وتقليد من طرفي الخصومة لثالث يفصل فيما تنازعوا فيه."[3] وعرف أيضا بأنه:" الطريق الإجرائي الخصوصي للفصل في نزاع معين بواسطة الغير، بدلا عن الطريق القضائي العام."[4]

وعرف بأنه: اتفاق طرفي علاقة قانونية عقدية كانت أو غير عقدية على تسوية ما ينشأ بصدد تلك العلاقة من منازعات بالتحكيم وهذا الاتفاق يمكن أن يكون سابقا أو تاليا للنزاع، ولا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه كما لا يجوز الاتفاق عليه في المسائل التي لا يجيز القانون الصلح فيها."[5]

وعرف التحكيم بأنه:" الاتفاق الذي بموجبه تعتزم أطراف معينة عدم اللجوء إلى القاضي الوطني والمثول أمام محكم واحد أو محكمين يختارونهم للفصل في المنازعات التي تطرأ أو قد تطرأ بينهم، وعبارة اتفاق التحكيم تشمل التحكيم الذي يأخذ مكانه في عقد من العقود...."[6] غير أن هذا التعريف قاصر على التحكيم المحلي فقط، وهناك من عرفه بأنه:" تقنية تهدف إلى إعطاء حل

1- مهند عزمي أبو مغلي، أمجد حمدان الجهني، "رقابة القضاء على حكم التحكيم في القانون الأردني"، مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الإمارات، العدد الثامن والثلاثون، أفريل 2009، ص 272.

2-المادتين 1011،1007 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21.

3-علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، د ط، 2008، ص 22.

- آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، دار الكتاب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، بغداد، د ط، 1988، ص 274.

4- محمود السيد عمر التحيوي، أنواع التحكيم وتمييزه عن غيره، الكتب العربي الحديث، الإسكندرية، د ط، 2009، ص 37.

5- عبد العزيز خليفة، الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، د ط، 2008، ص 375.

6-مصطفى تراري ثاني، "استقلالية اتفاق التحكيم كمبدأ من مبادئ التحكيم التجاري الدولي المعاصر"، مجلة دراسات قانونية: مجلة شهرية متخصصة في الدراسات والبحوث القانونية، دار القبة للنشر والتوزيع، الوادي، الجزائر، العدد التاسع، أفريل2003، ص 9.

في المسألة التي تنطوي على علاقة بين شخصين أو أكثر من جانب واحد أو أكثر من أشخاص آخرين – والمحكم أو المحكمين– يستمدون سلطتهم من اتفاق خاص ويقرر على أساس هذا الأخير دون أن يعهد بهذه المهمة من قبل الدولة."[1]

وعرف التحكيم كذلك بأنه:" نظام قضائي خاص تقضي فيه خصومة معينة عن القضاء العادي ويعهد فيها إلى محكمين للفصل فيها."[2]، وعرف مركز الويبو التحكيم بأنه:" إجراء يرفع على أساسه نزاع باتفاق الطرفين، إلى محكم واحد أو أكثر لإصدار حكم في النزع يكون ملزما للطرفين."[3]

عرف التحكيم كذلك بأنه:" صورة خاصة لحكم قضائي، والذي بواسطته شخص ثالث محايد (المحكم)، مختار وتدفع أتعابه من الأطراف، صانعا قرارا ملزما ونافذ (يسمى بالحكم أو القرار)، فيما يتعلق بكيفية فض النزاع."[4] وعرف كذلك بأنه:" وسيلة لتسوية المنازعات بالتراضي، من قبل جهات غير الحكومية صانعة القرار، والتي ينتج إلزاما قانونيا وقابلة للتنفيذ."[5]

عرف التحكيم على أنه:" طريق تهدف إلى إيجاد حل لقضية تخص العلاقات بين شخصين أو أكثر عن طريق محكم أو محكمين يستمدون سلطتهم من اتفاق خاص بين الأطراف، ويتخذون قرارهم على أساس الاتفاق المذكور دون أن يكونوا مخولين من قبل الدولة بهذه المهمة."[6]

وعرف التحكيم استنادا لخصائصه بالقول:" نكون بصدد التحكيم متى توافر ما يلي:

- اختيار الأطراف لشخص ثالث يدعى المحكم للتقرير في النزاع أو النزاعات.
- الأطراف يختارون المحكم، أو طريقة اختياره أو انتقائه.
- يصدر المحكم قرارات أو أحكاما إلزامية و نهائية على غرار الأحكام القضائية الداخلية.
- نطاق مراجعة قرارات المحكم محدود."[7]

1– Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman, Traité de L'arbitrage commercial international, Edition Litec, Paris, 1996, p 12.

2– خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية،دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2008، ص 13.

3 - WIPO Arbitration And Médiation Centre, "Dispute Resolution For The 21 st Century", WIPO Arbitration And Mediation Centre, World Intellectual Property Organization (WIPO) Arbitration and Mediation Center, Switzerland., p 12.

4– Julia HÖrnle, Cross-Border Internet Dispute Resolution, Cambridge University Press, New York, First Edition, 2009, p 58.

5 – Georgios I. Zekos, OP. Cit, p .34

6– فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الرابعة، 2009، ص 13.

7 – Ian R.Macneil, American Arbitration Law, Oxford University Press, New York, 1992, p 7.

الفرع الثاني:
عناصر نظام التحكيم

إن أساس لجوء الأشخاص (طبيعية كانت أو معنوية) إلى التحكيم لحل المنازعات التي تكتنف معاملاتهم العقدية هو وجود نزاع يشوبها، وقد اختلف حول تحديد مفهوم المنازعة بصفة عامة وفكرتها على الصعيد القانوني بصفة خاصة، فهناك في فقه القانون الوضعي المقارن من يقوم على تصوير هذه الأخيرة تصوير شكلي، وهناك جانب من الفقه الوضعي من صورها تصويرا موضوعيا، وهناك اتجاه ثالث قام بالجمع بين التصورين الشكلي والموضوعي في تعريفه للمنازعة بصفة عامة، وفكرتها على الصعيد القانوني بصفة خاصة.

أولا: التصوير الشكلي لفكرة المنازعة بصفة عامة

حاول جانب من فقه القانون الوضعي المقارن تقديم تعريف شكلي للمنازعة يعتمد على عناصر خارجية فالمنازعة وفقهم هي المواجهة أمام القضاء والتي تتم بناء على إجراءات الخصومة القضائية، فوجود المنازعة يعتمد على توافر هذا الشكل بغض النظر عن وجودها الفعلي، وإذا كان توافر هذا الأخير يعتمد على إرادة المشرع وإرادة المتقاضين، فهذا سيرتب بالضرورة نتيجة هامة مفادها أن وجود فكرة المنازعة على الصعيد القانوني يتوقف على هاتين الإرادتين.

يعاب على هذا الاتجاه أن فكرة الشكل والإجراءات هي إجراءات خارجية عن المنازعة، ومن ثم لا يمكن أن يتم استنتاج وجودها منها بصفة عامة، لأن مسألة وجود منازعة تستلزم بالضرورة إتباع هذا الشكل وتطبيق الإجراءات، أي أن مسألة وجود المنازعة بصفة عامة سابق للشكل والإجراءات التي تنظر بواسطتها هذه الأخيرة[1]

ثانيا: التصوير الموضوعي لفكرة المنازعة

يستند هذا الاتجاه للمنازعة في حد ذاتها لاستخلاص عناصرها وفق ما يرون بأنه العنصر الراجح في تعريفها، فاعتمد البعض على أشخاصها (العنصر الشخصي)، واعتمد البعض الأخر على مضمونها (العنصر الموضوعي)، وتتمثل المنازعة بصفة عامة في تنازع بين إرادات، ومن ثم فإن وجود المنازعة مرتبط بلحظة توافر هذا المضمون، دون اشتراط شروط خاصة أخرى في

1- محمود السيد عمر التحيوي، المرجع السابق، ص ص 56،57.

الشخص الذي تصدر عنه، أو في طبيعة المصلحة التي يدافع عنها، وإنما تلزم هذه الأخيرة فقط لتحديد التشكيلات القضائية المختصة بالفصل في النزاع، وكذلك الإجراءات الواجبة الإتباع عند نظره والفصل فيه.

ووفق هذا الاتجاه المنازعة هي:" عبارة عن تنازع في المصالح، يتخذ شكل تنازع بين إراديتين إدعاء من جانب، يقابله مقاومة من الجانب الآخر، وتتخذ هذه المقاومة صور الاعتداء على المصلحة المطلوب حمايتها، وتظهر هذه المقاومة في مجرد معارضة."

هذا الاتجاه يبقى قاصرا لأن موجود منازعة يتطلب تدخل القضاء العام في الدولة للفصل فيه بشكل عادل، ومن ثم فإن أهمية الشكل والإجراءات تبرز لأنها أساس العمل القضائي.[1]

ثالثا: الاتجاه المختلط

وفق هذا الاتجاه تتحلل المنازعة إلى ثلاثة عناصر: أولا تعارض بين ادعاءات خصمين، ثانيا: قبول أطراف المنازعة الحل السلمي عن طريق عرضها على قضاء الدولة، ثالثا: وجود قاضي عام ينتمي إلى السلطة العامة وتنحصر مهمته في التوصل إلى حل سلمي لها، وهذه العناصر الثلاثة ينظمها ضابطان: الضابط الأول: شكلي ويتمثل في قبول أطراف المنازعة عرضها على القضاء العام في الدولة، الضابط الثاني: موضوعي ويتمثل في تعارض إدعاءات الخصوم، يتخذ شكل المواجهة بين الخصوم،[2] ومن ثم فكل حالة لا يوجد فيها نزاع لا يمكن تصور وجود تحكيم، ففكرة النزاع هي التي يجب أن تحدد طبيعة العمل الذي تقوم به هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع باعتبارها قضاء خاص، ومن ثم لا يجوز إبرام عقد تحكيم بالنسبة لنزاع انتهى بالفعل بين أطرافه، إما بحكم قضائي صادر من القضاء العام في الدولة يكون حاسما له، أو بحكم تحكيم صادر عن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه ويكون نهائيا، ونظام التحكيم بناء قانوني مركب من ثلاثة إرادات: إرادة النظام القانوني الوضعي، إرادة الأطراف المحتكمين، إرادة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع.

ينشأ نظام التحكيم عن إرادة الأطراف المحتكمين فهي التي تخلقه، شريطة أن تقرر النظم القانونية الوضعية إمكانية اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم بدلا من القضاء العام في الدولة

1- محمود السيد عمر التحيوي، التحكيم بالقضاء والتحكيم مع التفويض بالصلح، منشأة المعارف، الإسكندرية، د ط، 2002، ص ص 57،59.

2- محمود السيد عمر التحيوي، أنواع التحكيم وتمييزه عن غيره، المرجع السابق، ص ص 59، 60.



صاحب الولاية العامة والاختصاص بالفصل في كافة المنازعات أيا كان موضوعها، وإذا افتقر نظام التحكيم لأي من الإرادات السالفة الذكر.[1]

المطلب الثاني:
الطبيعة القانونية للتحكيم.

ظهرت ثلاثة نظريات في الطبيعة القانونية للتحكيم، أنصار نظرية الطبيعة التعاقدية يرون أن هذا الحكم ذو طبيعة عقدية استنادا لكون إرادة أطراف النزاع مصدر سلطة هيئة التحكيم، وهذه الإرادة هي التي تحدد الإجراءات الواجب إتباعها من قبل هيئة التحكيم، و أنصار نظرية الطبيعة القضائية يرون أن حكم التحكيم ذو طبيعة قضائية لتشابهه مع الحكم في نقاط كثيرة، وأنصار نظرية الطبيعة المختلطة يرون أن نظام التحكيم يحتل مركزا وسطا بين العقد والقضاء فهو يبدأ بعقد وينتهي بقضاء هو حكم التحكيم.

الفرع الأول:
نظرية الطبيعة التعاقدية للتحكيم

يذهب اتجاه فقهي إلى أن التحكيم ذو طبيعة تعاقدية، والمحكمون ليسوا قضاة إنما أفراد يعهد إليهم تنفيذ هذا العقد ويستمدون سلطتهم منه، ويستمد حكم التحكيم حجيته من اتفاق التحكيم الذي يلتزم فيه الطرفان بالخضوع لهذا الحكم، واعتمدت الأسانيد التي قالت بها على الدور الجوهري الذي تلعبه إرادة الأطراف في التحكيم، ويترتب على هذه النظرية مجموعة من الآثار القانونية.

أولا: أسانيد الطبيعة التعاقدية للتحكيم

يستند أنصار هذه النظرية إلى الدور الجهوري الذي تلعبه إرادة الأطراف،[2] لكونها من تولي هيئة التحكيم مهمة الفصل في النزاع، فهم من يقومون بتشكيلها وتحمل نفقاتها، وهم من يقومون بتحديد الإجراءات التي يتعين على هذه الأخيرة إتباعها، وكذا القانون الذي تلتزم به.[3]

---

[1]_ نفس المرجع، ص ص 69،73.

[2]– خليل غصن، "مدى سريان الاتفاق التحكيمي على الغير في سلسلة العقود"، مجلة التحكيم والقانون الخليجي، مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، البحرين، العدد التاسع، مارس 2009، ص 34.

[3]– نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 2002، ص 29.

- محمود السيد التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأزاريطة، د ط، 1999، ص ص 24،25.

- جورج حزبون حزبون، رضوان عبيدات، "إلزامية قرارات التحكيم وقوتها التنفيذية في التحكيم المحلي والدولي"، مجلة الشريعة والقانون، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، الأردن، العدد السادس والعشرون، أفريل 2006، ص 478.

ويرى أنصار هذا الاتجاه أن التحكيم ذو طبيعة تعاقدية استنادا لما يلي:

- أساس اللجوء إلى التحكيم بوصفه وسيلة لحل النزاع هو اتفاق أطراف النزاع[1] سواء كان هذا الاتفاق شرط تحكيم واتفاق تحكيم، حيث تعد إجراءات التحكيم والحكم المنهي للنزاع والصادر بناء على هذه الإجراءات جزءا لا يتجزأ من هذا الاتفاق.[2]
- إن أطراف النزاع يمتلكون حق اللجوء إلى التحكيم واختيار هيئة تحكيم تتولى الفصل في النزاع وفق القواعد والإجراءات التي يحددها هؤلاء الأطراف، وهو ما يتطلب إعطاء أهمية لمن منح هيئة التحكيم هذه المهمة وليس للمهمة التي تقوم بها هذه الهيئة. [3]
- المحكمون مستدعون لحسم النزاع موضوعيا، وليسوا موضوع تحكم من الأطراف، كما أن العديد من المحاكم قبل الصناعة ترقي أو تروج قواعد القانون العام في دعم التحكيم.[4]
- أن التحكيم يتم قبل بدء الخصومة القضائية، لذا لا يعتبر عنصرا من عناصرها، فيكون طبيعيا ألا يأخذ طبيعتها (الطبيعة القضائية)، ولا تنطبق عليه قواعد البطلان المقررة للأعمال الإجرائية والمنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية.[5]
- اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم يتضمن تنازلا ضمنيا عن اللجوء إلى القضاء وهذا الاتفاق يخول المحكم سلطة مصدرها إرادة الأطراف، ويتطلب التزام المحكم بشروط اتفاق التحكيم عند إصداره للحكم المنهي للنزاع، وقيام الأطراف بتنفيذ هذا الحكم يعد تأكيدا على التزامهم بمضمون الاتفاق.
- أساس تمتع حكم التحكيم بحجية الشئ المقضي فيه يرجع لوجود اتفاق ضمني بين أطراف المحتكمة على الالتزام بالحكم الصادر من المحكم أو المحكمين، والالتزام بعدم إعادة عرض النزاع على القضاء.
- الطبيعة العقدية لحكم التحكيم يفرضها اعتبار التحكيم أحد أدوات المعاملات الدولية مما يقتضي أن يستجيب لمتطلبات هذه المعاملات، لأن المعاملات الدولية قد تتعارض مع القوانين وأحكام

- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 33.

[1]– Michael SCHOLL, "Arbitrage et droit privé européen: Critique d' une incursion " , Gazette du Palais "Journal Spécial des sociétés Française par actions" , Lextenso édition, Paris, N^{0} 2007/ 2, Juillet 2007 , p 18.

[2]– محمود السيد التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجاري وجوازه في منازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ص 24،25.

[3]– علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص ص 34،33.

- محمد أحمد عبد النعيم، حدود الرقابة القضائية على التحكيم الداخلي في منازعات العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط، 2002،ص ص51،50.

[4] –Georgios I. Zekos, OP. Cit, p 13.

[5]– محمود السيد عمر التحيوي، التحكيم بالقضاء والتحكيم مع التفويض بالصلح، المرجع السابق، ص 139.



القضاء في مختلف الدول مما يحول دون تنفيذ هذه المعاملات، ولا يمكن تحرير المعاملات الدولية إلا عن طريق العقد لما يتصف فيه من طابع دولي.

- اختلاف التحكيم عن القضاء من حيث الهدف، فالقضاء سلطة عامة من سلطات الدولة يمارسها القاضي بهدف حماية سيادة القانون، دون النظر للعلاقات المستقبلية بين أطراف النزاع، أما المحكم فمهمته اجتماعية تتمثل في حل النزاع على نحو يضمن استمرار العلاقات السليمة بين أطراف هذا النزاع.
- وظيفة المحكم لا تعد وظيفة قضائية لأن هذه الوظيفة تختلف عن وظيفته من الناحية المادية والشكلية، فالمحكم لا يمتلك سلطة الأمر التي يمتلكها القاضي ولا يتمتع بالضمانات المقررة له ولا يعد منكرا للعدالة إذا امتنع عن القيام بمهمته ولا تسأل الحكومة عن عمله لأنها لا تسأل إلا عن أعمال تابعيها وهو ليس تابعا لها.
- حكم التحكيم يتمتع بحجية نسبية بصورة عامة حيث تقتصر أثار الحكم على أطراف النزاع، بينما الحجية النسبية التي يتمتع بها الحكم القضائي كأصل عام يرد عليها استثناء يتمثل في الحكم الصادر في دعوى الإلغاء فهو يتمتع بحجية مطلقة تسري في مواجهة الجميع إذا قضى سواء بالإلغاء الكلي أو الجزئي، أما إذا قضى برفض هذه الدعوى فإنه يتمتع بحجية نسبية في نطاق وحدة الخصوم والموضوع.
- المحكم عند الفصل في النزاع يمتلك سلطات أسع من سلطات القاضي لأنه لا يتقيد بأحكام القانون باستثناء القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة بينما القاضي يفصل في النزاع مقيدا بقواعد القانون. [1]

وجهت العديد من الانتقادات لأنصار هذه النظرية أهمها فيما يلي:

- المبالغة في إعطاء الدور الأساس لإرادة الإطراف في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، فالمحكم عند فصله في النزاع يطبق ما جاء في القانون دون الاهتمام بما اتجهت إليه إرادة الخصوم.[2]
- الطابع الانتقائي لنظام التحكيم لا يكفي لاعتباره نظاما عقديا، فالتحكيم في مصدره عقد يخول الأطراف بموجبه شخص أو أكثر مهمة حسم النزاع فيصبحون قضاة يقومون بوظائف قضائية.

---

[1]– أشجان فيصل شكري داود، الطبيعة القانونية لحكم التحكيم وآثاره وطرق الطعن فيه (دراسة مقارنة)، بحث مقدم استكمالا للحصول على درجة الماجستير في القانون ، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، نابلس،2008، ص ص 20،16.

– خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص ص 16،17.

– محمد سامي الشوا، " التحكيم التجاري الدولي أهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية"،http://slconf.uaeu.ac.ae/papers/n1/mohamed%20alshawa.pdf، ص ص 20،19.

[2]– نفس المرجع، ص 20.

▪ المعيار المادي والشكلي الذي استند إليه أنصار هذه النظرية يتجاهل طبيعة العمل الذي يقوم به المحكم المكلف بالفصل في النزاع في حماية الحقوق والمراكز القانونية حيث هناك الكثير من الأعمال تعد قضائية دون أن تكون مرتبطة بخصومة قضائية.

▪ إرادة الأطراف غير كافية للاتفاق للجوء على التحكيم وحدها، لأنه يتعين أن يقر القانون بإمكانية هذا اللجوء من خلال نصه صراحة على ذلك، وأن الإرادة ليست دائما أساس اللجوء إلى التحكيم لحل النزاع كما هو الحال في التحكيم الإجباري.

▪ المحكم ليس وكيلا عن الأطراف فاتفاق التحكيم يختلف عن الوكالة في أن الحكم الفاصل في النزاع والصادر عن المحكم يفرض على أطراف هذا النزاع، بينما الوكالة تفرض إرادة الموكل على الوكيل.

▪ النظرية العقدية لا تتفق مع قاعدة استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي الذي ينظم العلاقة بين الأطراف الذي دار حولها النزاع، وأسهمت إسهاما فعالا في تأخر الأخذ بفكرة استقلال هذا الاتفاق.

▪ اتفاق التحكيم يختلف اختلافا جوهريا عن كل الاتفاقات، نظرا لعدم جواز التمسك ببطلان اتفاق التحكيم بشكل مستقل قبل صدور الحكم المنهي للتحكيم.

▪ رفع الطعن في حكم التحكيم عن طريق دعوى البطلان أمام المحكمة المختصة لا يؤكد الطبيعة العقدية للتحكيم ولا ينفي طبيعته القضائية، لأن بعض الأحكام القضائية يرفع ضدها دعوى لإبطالها، وفي حال تم رفع دعوى ضد حكم التحكيم يظل هذا الحكم متمتعا بحجية الشئ المقضي فيه، إلى حين الحكم ببطلانه، وهو من خصائص الحكم القضائي.

▪ اختلاف القواعد القانونية الخاصة بالقاضي عن تلك الخاصة بالمحكم المكلف بالنزاع لا يضفي الطبيعة العقدية على نظام التحكيم، لأن المحكم يقوم بهمته التحكيمية وهي ذات طابع قضائي لا يمثل الدولة، وعليه يحظى القاضي بصفته ممثلا للدولة ببعض القواعد التي تختلف عن القواعد الخاصة بالقاضي المحكم.[1]

▪ الشخص الذي يوافق على التحكيم لا يتنازل عن حقه في اللجوء إلى القضاء، وهو ما قضت به المحاكم المحكمة العليا في نيويورك.[2]

1– محمد سامي الشوا، المرجع السابق ، ص ص 24،25.
– كريم الطوبجي، " الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم"،
http://www.mohamoon.com/montada/default.aspx?action=display&id=68668&type=3&keyword=
الطبيعة القانونية للتحكيم ، تاريخ 2007/12/20 الساعة 1:06:41 PM

2– Georgios I. Zekos, OP. Cit, p 14.



ثانيا: الآثار المترتبة على الطبيعة التعاقدية للتحكيم

يمكننا إجمال الآثار المترتبة على التكييف السابق للتحكيم فيما يلي:

- أن التشريعات التي تسنها الدول أو الاتفاقيات الدولية لا تضع أحكاما آمرة إلا في أضيق الحدود ولخدمة وتحقيق إرادة الأطراف في الالتجاء الاختياري للتحكيم.
- أن ما يتم الخروج به من طرف هيئة التحكيم كحل لفض النزاع هو " قرار تحكيمي" وليس " حكم تحكيم" لأن قرار التحكيم وفق هذا الاتجاه يتسم بالطبيعة التعاقدية، ويقولون أنه في حالة وجود تشابه بين قرار التحكيم والحكم القضائي فإن ذلك يعود إلى تقارب الاثنين من حيث إجراءات التقاضي.
- عدم الربط بين قرار التحكيم والبلد الصادر فيه، فهو لا يشكل جزءا من النظام القضائي لذلك البلد ومن ثم عند تنفيذ هذا القرار في دولة أخرى لا يتقيد قاضي التنفيذ بقرارات قاضي البلد الذي صدر فيه قرار التحكيم.
- أن مصدر القوة الإلزامية لقرارات التحكيم هو الاتفاق، كما أن عدم قابلية حكم التحكيم للطعن فيه بالاستئناف نتيجة منسجمة مع إرادة الأطراف كما عبروا عنها بالالتجاء إلى التحكيم.
- أن التحكيم غير المستند إلى اتفاق الأطراف والذي يطلق عليه التحكيم الإجباري، يخرج من نطاق المفهوم الفني للتحكيم.
- ترك إطلاق مبدأ سلطان الإرادة وترك الأطراف وللمحكمين الذين اختاروهم بمحض إرادتهم فض المنازعة، ولا يجوز للدولة التدخل إلا لمنع المساس بالنظام العام، أو لضمان سير عملية التحكيم وذلك بوضع قواعد مقررة لسد ثغرات اتفاق التحكيم.[1]

الفرع الثاني:
نظرية الطبيعة القضائية للتحكيم

يرى أنصار هذا أن الطابع القضائي للتحكيم الدولي واقع تاريخي ومكرس في القانون الدولي فكما القاضي يستمد سلطته من السيادة فإن المحكم يستمد سلطته كذلك منها غير أن ترشحه يتوقف على اتفاق الطرفين،[2] واستندوا كذلك إلى الدور الجهوري الذي تلعبه الوظيفة القضائية للمحكم، وهو الدور الذي يرتب مجموعة خاصة من الآثار القانونية، واعتبروا التحكيم نوع من أنواع

1- نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ص 29،30.
- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 36.
- محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 20.

2 - Georgios I. Zekos, OP. Cit, p 3.



القضاء، لأن أطراف النزاع حين اتفقوا على التحكيم لم يتنازلوا عن حقهم في رفع دعوى قضائية لحماية حقوقهم وإنما تنازلوا فقط عن حق اللجوء إلى القضاء الوطني، كما أن الحكم الصادر عن المحكمين تتوافر فيه جميع خصائص العمل القضائي باستثناء أنه يصدر من هيئة خاصة وليس من هيئة عامة، كما أن طبيعة عمل المحكم تتماثل مع طبيعة عمل القاضي وما يصدر عنه من حكم ملزم لأطراف النزاع.[1]

أولا: أساس الوظيفة القضائية للتحكيم

يرى أنصار هذه النظرية أن الإرادة تلعب ذات الدور في كل من حالة اللجوء إلى القضاء أو التحكيم، حيث يتم اللجوء إليها بعمل إرادي يتمثل في اتفاق إرادة أطراف النزاع إذا تم اللجوء إلى التحكيم، وفي إرادة أحدهم إذا تم اللجوء إلى القضاء، وهذا لا يشكل دليلا كافيا على أن هذه الإرادة هي أساس تحديد الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، والفارق بينهما أن العمل الإرادي الأول يرغب في تحقيق العدالة الخاصة، بينما الثاني يرغب في تحقيق العدالة العامة، وهذا لا ينفي الطبيعة القضائية لهذا النظام، ويعدون نظام التحكيم نظاما قضائيا عالميا يتفق على اللجوء إليه في العقود الوطنية والدولية،[2] لكنهم اختلفوا حول طبيعة الوظيفة القضائية التي يقوم بها المحكم، فأسس جانب تلك الوظيفة على اعتبارات مستمدة من الأنظمة القانونية الداخلية، وآخر يؤسس تلك الوظيفة على اعتبارات مستقلة عن تلك الأنظمة، خاصة عندما يكون التحكيم في العلاقات الاقتصادية الدولية، وهما الاتجاهان اللذان تم تصنيفهما بالاتجاه المتبني للمفهوم غير المستقل للتحكيم بصفة عامة، والآخر المتبني للمفهوم المستقل للتحكيم في العلاقات الاقتصادية الدولية.

بالنسبة للاتجاه الأول فهو يرى في التحكيم نظام قضائي يؤسس على تفويض من سيادة الدولة، غير أن هذا الاتجاه انقسم هو الآخر لاتجاهين: اتجاه تقليدي يرى التفويض مؤقت وبالتالي يجعل من التحكيم استثناء من محاكم الدولة، واتجاه آخر حديث يرى أن التفويض دائم بحيث يصبح التحكيم قرينا لمحاكم الدولة، فنصبح أمام قضائين متوازيين، واختلفوا فيما بينهم حول وقت اكتساب حكم التحكيم الصفة القضائية، فمنهم من يرى أن حكم التحكيم يتسم بالطبيعة القضائية بعد صدور الأمر بتنفيذه من المحكمة المختصة، والبعض الآخر يرى عدم اشتراط صدور الأمر بالتنفيذ لاكتساب حكم

1- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 16.

2- أشجان فيصل شكري داود، المرجع السابق، ص 30.

التحكيم الطبيعة القضائية فهو يتمتع بالحجية منذ صدوره وهذا الأمر لا يمنح الحكم الحجية إنما يجعله قابلا للتنفيذ.[1]

في حين يرى للاتجاه الثاني ضرورة التفرقة بين التحكيم في العلاقات الخاصة الداخلية، والتحكيم في العلاقات الاقتصادية الدولية، ويقر بأن التحكيم في العلاقات الخاصة الداخلية قرين لقضاء الدولة، ويرى أن الطبيعة القضائية لنظام التحكيم في العلاقات الاقتصادية الدولية تؤسس على أسباب مستقلة عن الأنظمة القانونية الداخلية والمتمثلة في استقلالية هذا النظام عن العقود الدولية التي تثار بمناسبتها المنازعات التي تطرح على التحكيم وتمتعه بقانون مستقل للإجراءات، وصيرورة قراراته مصدرا لقضاء المحكمين، فضلا عن حجيتها فيما تقضي به.

ثانيا: أسانيد الطبيعة القضائية للتحكيم

يرى هذا الاتجاه أنه بالرغم من أن القضاء مظهر من مظاهر سيادة الدولة يمارس بواسطة سلطتها القضائية، غير أن القوانين أجازت للأفراد الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم للفصل في النزاع بدلا من القضاء، فالسلطة القضائية سلطة قائمة بذاتها بغض النظر عن من يتولاها.

نورد جملة من الأسانيد هذا الاتجاه على النحو التالي:

1. على الرغم من أن التحكيم يبدأ بعمل إرادي إلا أن هذا العمل بداية لوضع نظام التحكيم بطبيعته القضائية موضع الحركة الذاتية، فإرادة الأطراف موجودة أيضا عن اللجوء إلى قضاء الدولة.[2]

2. التحكيم قضاء إجباري ملزم للخصوم عند اتفاق الطرفين عليه، وأن التخلص منه لا يجدي ويحل محل قضاء الدولة الإجباري.[3]

3. العمل الذي يقوم به المحكم هو ذات العمل الذي يقوم به القاضي، ويتطلب ترجيح المعيار الموضوعي على المعيارين الشكلي والعضوي في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، فكل منها يقوم بتطبيق قواعد القانون أو قواعد العدالة من أجل الفصل في هذا النزاع، والحكم الصادر عنها يعد حكما قضائيا وذلك خلافا لما نادى به أنصار النظرية العقدية بأن حكم التحكيم يعد أثرا من آثار الاتفاق.[4]

1– أشجان فيصل شكري داود، المرجع السابق، ص ص 31،30.
_ أشـرف خـليل رويـه، " الـطـبـيـعـة الـقـانـونـيـة لاتـفـاق الـتـحـكـيم"، http: // arlawfirm.com./ADVdetails.Asp?id=535، تاريخ 2006/8/6.

2– نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص34.

3– زيد حنش عبد الله، "التحكيم الدولي الخاص"، مجلة البحوث القضائية، المكتب الفني بالمحكمة العليا، اليمن، العدد الثاني، 2005، ص 143.

4– علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 40.
– محمد أحمد عبد النعيم، المرجع السابق، ص52.

4. الاتفاق على التحكيم يخول هيئة التحكيم سلطة القضاء بين الأطراف المتنازعة بخصوص النزاع المعروض عليهم، والفصل فيه بحكم تحكيم يكون ملزما لهم بدلا عن حكم القضاء العام في الدولة.[1]

5. نظام التحكيم يتضمن عناصر العمل القضائي وهي:" الإدعاء والمنازعة والعضو" يمثل الإدعاء الحماية القانونية التي يهدف الشخص الحصول عليها من تطبيق القاعدة القانونية، وتتمثل المنازعة في الخلاف في وجهات النظر بين الخصوم، بحيث يسعى كل منهم إلى إثبات وجهة نظره مع القاعدة القانونية التي تقرر الحل لصالحه، ويتمثل العضو في الشخص الذي يتولى مهمة الفصل في النزاع، والمحكم يستمد صلاحية القيام بالوظيفة القضائية من القانون، ومن اللحظة التي يجيز فيها هذا القانون لشخص ما القيام بهذه الوظيفة، يعد المعيار العضوي متوفرا.

6. إن السلطة القضائية للمحكم تختلف عن ولايته التي تمثل الاختصاص النوعي له، هذه الولاية تتحدد وفق ما تتجه إليه إرادة أطراف النزاع في اتفاق التحكيم وترتبط صحة وبطلانا بهذا الاتفاق، وهذا لا يمس سلطته القضائية وذلك لعدم وجود سلطة قضائية معيبة مقارنة مع الحق الذي يكون مشروعا دائما.[2]

7. الإجراءات التحكيمية هي إجراءات ذات طبيعة قضائية من ناحية احترام المبادئ الأساسية في التقاضي والمتمثلة في حقوق الدفاع والمساواة والمواجهة بين الخصوم أم ناحية احترام المحكم للمواعيد المحددة للقيام بهذه الإجراءات والتزامه بفحص الأدلة والبيانات المقدمة من الخصوم، والموازنة بينهما ...الخ، والحكم الصادر بناء على هذه الإجراءات يعد حكما قضائيا، وإجازة القانون للخصوم الاتفاق على بعض الإجراءات التحكيمية لا ينفي طبيعتها القضائية، وإنما يتلاءم مع ما يتميز به نظام التحكيم من مرونة وبساطة في الإجراءات.[3]

8. يترتب على صدور الحكم التحكيمي حجية الأمر المقضي فيه وهو ذات الأثر الذي يترتب على صدور الحكم القضائي، بمعنى أن حكم التحكيم يحوز الحجية القضائية المانعة من إعادة النظر فيما قضى به المحكم، إلا بالطرق التي يحددها القانون.[4]

9. حكم التحكيم والحكم القضائي يخضعان لذات القواعد القانونية التي تتضمن شروطا شكلية واجب مراعاتها عند إصدار هذه الأحكام كالكتابة المشتملة على البيانات الشخصية للخصوم

= – جورج حزبون حزبون، رضوان عبيدات، المرجع السابق، ص 468.

1– محمود السيد عمر التحيوي، التحكيم بالقضاء والتحكيم مع التفويض بالصلح، المرجع السابق، ص 136.

2– أشجان فيصل شكري داود، المرجع السابق، ص ص 31،33.

3– علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 41.

4– زيد حنش عبد الله، المرجع السابق، ص 143.

والتسبيب والتوقيع وغيرها من البيانات.[1]

10. استقلال اتفاق التحكيم عن الاتفاق الأصلي الذي ينظم علاقة الأطراف التي دار حولها النزاع أمر مسلم به في مجال التحكيم الدولي، فصحة هذا الاتفاق أو بطلانه أو فسخه مادام هذا الاتفاق صحيحا بذاته، لأن موضوع هذا الاتفاق يختلف عن موضوع هذا الاتفاق الأصلي، ويعد كل منهما اتفاقا مستقلا عن الآخر، وهذا يؤكد الصفة القضائية لنظام التحكيم.

11. إقرار القانون للتحكيم الإجباري الذي يتم اللجوء إليه بناء على نص في القانون وليس بناء على اتفاق أطراف النزاع يؤكد الطبيعة القضائية لنظام التحكيم، لأن المحكم الذي يتولى النظر في النزاعات يتمتع بسلطة قضائية بموجب القانون، وهذا النوع من التحكيم يدل على أن الإرادة ليست أساس اللجوء إلى هذا النظام في جميع الأحوال فهي لا تصلح لتفسير الطبيعة القانونية للتحكيم الإجباري.[2]

12. كثرة اللجوء إلى التحكيم للفصل في المنازعات وانتشار العديد من هيئات ومراكز التحكيم التي تتولى الفصل فيها وفق الإجراءات الخاصة بها، أدى إلى عد نظام التحكيم قضاء للنزاعات الدولية، نظرا لعدم وجود قضاء دولي للفصل في هذه النزاعات (منازعات العلاقات الاقتصادية الدولية)، فقامت هيئات التحكيم بدور القضاء الدولي من أجل تحقيق ذلك، خلافا لما ذهب إليه أنصار النظرية التعاقدية.

وجهت العديد من الانتقادات أهمها في النقاط التالية:

- القول بالطبيعة القضائية لا تستقيم مع طبيعة التحكيم لأن القضاء سلطة عامة من سلطات الدولة لا يتولاها إلا القاضي الذي يمثل الدولة.[3]
- المحكم لا يتقيد دائما بالقانون على غرار التحكيم بالصلح، على عكس القاضي الذي يلزم دائما بتطبيق القانون، من جهة ثانية حجية الحكم القضائي تحول دون رفع دعوى بطلان أصلية للحكم، بينما في حكم التحكيم يجوز رفع دعوى ببطلانه كما أن قوته التنفيذية لا تتقرر إلا بعد اللجوء إلى القضاء لإصدار أمر لتنفيذه، على خلاف الحكم الصادر من القاضي في السلطة القضائية يصدر الأمر التنفيذي من القضاء نفسه مباشرة لتنفيذ الحكم عند حيازته حجية الأمر المقضي فيه واعتباره حكما نهائيا باتا.

1– زيد حنش عبد الله، المرجع السابق، ص 144.
2– أشجان فيصل شكري داود، المرجع السابق، ص ص 33،35.
3– زيد حنش عبد الله، المرجع السابق، ص 145.



▪ حجية الحكم القضائي متعلقة بالنظام العام في حين أنه في التحكيم يمكن للأطراف الاتفاق على إعادة التحكيم أمام هيئة التحكيم بعد الفصل فيه، أما حجية الحكم القضائي تحول دون ذلك.[1]

▪ وظيفة القاضي وظيفة قانونية تتمثل في حماية الحقوق والمراكز القانونية بغض النظر عن وجود النزاع من عدمه، حيث يكفي وجود مصلحة للشخص حتى يقوم القاضي بإصدار حكم يكفل حماية هذه الحقوق والمراكز، أما المحكم فوظيفته اجتماعية واقتصادية سلمية، تتمثل في حل النزاع على نحو يضمن استمرار العلاقات بين أطراف النزاع في المستقبل، لكنه لا يقوم بهذه الوظيفة إلا إذا وجد نزاع.

▪ لم يعد القانون المحكم قاضيا خاصا أو عاما، والدليل على ذلك تنظيمه قواعد خاصة بالقاضي تختلف عن القواعد الخاصة بالمحكم كالقواعد المتعلقة بالصلاحية والسلطة والمسؤولية.

▪ القانون لا يجيز تنفيذ حكم التحكيم إلا بعد صدور أمر بتنفيذه من الجهة القضائية المختصة على خلاف الحكم القضائي الذي لا يتطلب هذا الأمر لصدوره من هذه الجهة.

▪ القول بأن مراكز وهيئات التحكيم التي تتولى الفصل في منازعات العلاقات الاقتصادية الدولية تقوم مقام القضاء لا يكفي للأخذ بالطبيعة القضائية للتحكيم، لأنها لا تتمتع بما يتمتع به القاضي من حصانة وسلطة واستقرار، والحكم الصادر عنها لا يتم تنفيذه بالطريقة التي ينفذ بها الحكم القضائي إلا بعد صدور أمر من الجهة القضائية المختصة.[2]

ثالثا: الآثار المترتبة على الطبيعة القضائية للتحكيم

نتعرض للآثار التي يرتبها التكييف السابق على النحو التالي:

▪ المحكم يطبق قواعد القانون الموضوعي، ويكون لحكم التحكيم حجية الأمر المقضي وهي حجية من المسلم أنها لا تكون إلا للأعمال القضائية.

▪ ومن المنطقي أن يترتب على الرأي الذي يرى في التحكيم طبيعة قضائية غير مستقلة عن الأنظمة القانونية الداخلية، الربط بين التحكيم وقانون مكان إجرائه، إنه الأمر الذي يترتب عليه التقييد من حرية الأطراف في اختيار قانون إجرائي غير ذلك النافذ في مكان إجراء التحكيم.

▪ يترتب على الاتجاه الذي يرى في التحكيم في العلاقات الاقتصادية الدولية قضاء أصيلا لحكم منازعات تلك العلاقات أن يصبح اختصاص المحاكم الوطنية بمثابة الاستثناء وليس الأصل، إنه

1- زيد حنش عبد الله، المرجع السابق، ص ص 145،146.
2- أشجان فيصل شكري داود، المرجع السابق، ص ص 35،38.

الأمر الذي يترتب عليه مجموعة من الآثار الفرعية، منها الالتزام بقواعد تفسير الحكم الاستثنائي في شأن اختصاص القضاء الداخلي.

- يترتب على الاعتراف للتحكيم في العلاقات الاقتصادية الدولية بالاستقلال عن الأنظمة القانونية الداخلية، الاعتراف بتمتع التحكيم بقواعد قانونية مستقلة على الأنظمة القانونية الداخلية.[1]

مما سبق نتوصل لنتيجة هامة هي أن الأساس الذي استند إليه أنصار هذه النظرية هو التشابه بين المهمة التي يقوم بها كل من القاضي والمحكم والمتمثلة في فض النزاع، وكذا الآثار التي يرتبها كل من حكم التحكيم والحكم القضائي، غير أن هذا التشابه غير كاف لإضفاء الصفة أو الطابع القضائي على حكم التحكيم، لأن القول خلاف ذلك يقضي بالضرورة أن المحكم قاض محدود السلطات والصلاحيات، وأن الحكم الصادر عنه هو حكم قضائي لا يتم تنفيذه إلا بعد صدور أمر من قاض يملك سلطات أوسع من القاضي الأول وهذا غير صحيح، وفي هذا الصدد ذهبت التشريعات الأردنية، الفلسطينية وكذا المصرية إلى تأكيد هذه النقطة بنصها صراحة على أن حكم التحكيم أدنى مرتبة من الحكم القضائي بحيث لا يجوز إصدار أمر بتنفيذ حكم تحكيم يتعارض مع حكم قضائي صادر من المحكمة المختصة.[2]

- أن التحكيم مرتبط أو مقيد بنطاقين أحدهما زمني والآخر موضوعي، يتعلق الأول بإصدار حكم التحكيم خلال المدة المتفق عليها أو المحددة في القانون، أما القيد الثاني فهو الموضوعي متمثل في عدم عرض المنازعات التي تتعلق بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم،[3] وهناك من التشريعات من أضافت المسائل التي لا يجوز فيها الصلح،[4] بينما الاختصاص القضائي فهو عام وشامل لكل المنازعات إلا ما استثني بنص، وقد نص المشرع الجزائري على ذلك صراحة بقوله المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية، تختص بالفصل في أول درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسات

1– وتلك هي القواعد عبر الدولية والتي رأى الأستاذ الدكتور أبو زيد رمضان في وجودها دليلا على أن التحكيم في العلاقات الاقتصادية الدولية هو القضاء الأصيل لحسم تلك المنازعات.

2– حيث نصت المادة 54/أ /1 من قانون التحكيم رقم 31 لسنة 2001 ج رعدد 4496 المؤرخة في 2001/7/16 على عدم تنفيذ حكم تحكيم إذا كان مخالفا للنظام العام في المملكة وبالتالي فإن تنفيذ حكم تحكيم يتعارض مع حكم قضائي صادر عن المحاكم الأردنية يعد مخالفا للنظام العام، والمادة 4/49 من قانون التحكيم الفلسطيني التي نصت على عدم تنفيذ حكم أجنبي إذا كان هذا الأخير يتعارض مع حكم قضائي صادر من المحاكم الفلسطينية، والمادة 2/58/أ من قانون التحكيم المصري نصت صراحة على عدم تنفيذ حكم تحكيم يتعارض مع حكم قضائي صادر عن المحاكم المصرية.
راجع في هذا الصدد: أسرة التحرير،" نصوص وقوانين واتفاقيات التحكيم وطنيا وإقليميا ودوليا"، مجلة معهد القضاء، معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية، الكويت، العدد السادس عشرة، ديسمبر 2008، ص 27 وما بعدها.

3– المادة 1006 من القانون رقم 09/08.

4– كالحقوق الخالصة لله مثل حد الزنا، وكذلك الحقوق التي يجتمع فيها حق الله وحق العبد مثل القذف، ويجوز اللجوء إلى التحكيم في الحق الخالص للعبد بشرط أن لا يخالف يخالف هذا الحق الكتاب والسنة والإجماع، وأن لا يتعلق بشخص آخر خارج عن الخصومة، والحكمة من ذلك أن للعبد الحرية في استيفاء حقه الخاص به فقط أو التنازل عنه باختياره، وكذلك المسائل المتعلقة بالنظام العام.

العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها،[1] وحدد ما يخرج من اختصاصها ويدخل ضمن اختصاص المحاكم العادية على سبيل الحصر،[2] في حين أن الاختصاص التحكيمي لا يثبت للمحكم إلا بعد قبوله.

- كما أن المحكم ليس قاضيا لعدم خضوعه للنظام القانوني الذي يخضع له هذا الأخير، لاسيما من حيث الشروط المتطلبة في كل منهما، فقد اشترط القانون في القاضي العديد من الشروط التي لم يشترطها في المحكم من جنسية ، الكفاية العلمية، أداء اليمين، وكذا النظام التأديبي، في حين اكتفى في تحديده للشروط الواجبة التوافر في المحكم على تمتعه بحقوقه المدنية، غير أنه وباستقراء نص أخر نجد أن المشرع الجزائري مكن الأطراف من وضع شروط أخرى في المحكم كالمؤهل العلمي، الاستقلالية وفي حالة عدم توافرها مكنه من حق تقديم طلب رده.[3]
- حكم التحكيم ليس بالحكم القضائي لأنه لا ينفذ إلا بعد صدور أمر إما من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها في حالة ما إذا كان التحكيم داخليا، أما بالنسبة لأحكام التحكيم الدولي فإنها تكون قابلة للتنفيذ في الجزائر بموجب أمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني،[4] وهو إقرار ضمني بأن حكم التحكيم ليس حكما قضائيا فلو كان كذلك لتم تنفيذه بالطريقة التي ينفذ بها الحكم الذي يصدره القاضي.

الفرع الثالث:
نظرية الطبيعة المختلطة للتحكيم

يذهب هذا الاتجاه لعدم تمتع التحكيم بطبيعة واحدة تعاقدية كانت أو قضائية، فالتحكيم يتمتع بطبيعة مزدوجة أو مختلطة وهناك من اصطلح عليها كذلك بالطبيعة الهجينة، وتعتمد أسانيد هذا الاتجاه على الدور الجوهري الذي تلعبه إرادة الأطراف التي تجسد الطبيعة العقدية، وهو ما يتطلب احترامه انطلاقا من مبدأ سلطان الإرادة، والطبيعة القضائية للتحكيم تجد أساسها في الفصل في هذا النزاع وفقا لإجراءات يصدر بناء عليها حكم قضائي، ومن ثم يتسم هذا التحكيم بالطبيعة المختلطة

- راجع في هذا الصدد: عبد العزيز بن عبد الرحمن بن عبد الله آل فريال، تنفيذ أحكام التحكيم الوطنية والأجنبية في المملكة العربية السعودية، بحث مقدم استكمالا للحصول على درجة الماجستير في العدالة الجنائية تخصص التشريع الجنائي الإسلامي ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، الرياض، 2006، ص ص 60،61.

[1]- المادة 800 من القانون رقم 09/08.

[2]- المادة 802 من نفس القانون على:" خلافا لأحكام المادتين 800 و 801 أعلاه يكون من اختصاص المحاكم العادية المنازعات الآتية: مخالفات الطرق، المنازعات المتعلقة بكل دعوى خاصة بالمسؤولية الرامية إلى طلب تعويض الأضرار الناجمة عن مركبة تابعة للدولة، أو لإحدى الولايات أو البلديات أو المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية."

[3]- المادتين 1014،1016من القانون رقم 09/08.

[4]- المادتين 1035، 1051 من نفس القانون.

لما فيه من تأثيرات عقدية وقضائية، فهو يعد نظاما قضائيا إتفاقيا يجيز لأطراف النزاع اختيار المحكم الذي سيتولى الفصل في النزاع بإصدار حكم قضائي حائز لحجية الأمر المقضي فيه.[1]

اختلف أنصار هذه النظرية حول الوقت الذي يتحول فيه التحكيم من الطبيعة العقدية إلى الطبيعة القضائية، فذهب البعض منهم للقول بأنه بمجرد صدور أمر التنفيذ من المحكمة المختصة يتحول التحكيم من الطبيعة العقدية إلى الطبيعة القضائية، وذهب اتجاه أخر للقول بأن الوقت الذي يصدر فيه الحكم المنهي للنزاع يتحول التحكيم للطبيعة القضائية ، وذهب اتجاه آخر للقول بأن هاتين الطبيعتين متوافرتين في التحكيم ابتداء من الاتفاق على اللجوء إليه وحتى الانتهاء منه بتنفيذ الحكم الفاصل في النزاع، لأن اتفاق التحكيم يقترب من الطبيعة القضائية بالنظر إلى كون موضوعه هو إقامة كيان عضوي للفصل في النزاع، وحكم التحكيم ليس منفصلا عن اتفاق التحكيم الذي يجسد دورا كبيرا في تحديد إجراءات التحكيم.[2]

أولا: أسانيد الطبيعة المختلطة للتحكيم

انقسم أنصار الطبيعة المختلطة للتحكيم لاتجاهين، اتجاه يرى أن التحكيم بناء مركب يجمع بين عدة عناصر منها ما هو ذو طبيعة تعاقدية ومنها ما هو ذو طبيعة قضائية، فالتحكيم بناء قانوني مركب من عدة إرادات إرادة المشرع التي تحدد نطاق ومضمون الحق في التحكيم وكيفية ممارسته، وإرادة المحتكمين التي تحرك هذه الإرادة الساكنة في صورة الاتفاق على التحكيم وإرادة المحكمين التي تدور في فلك الإرادتين السابقتين، واتجاه آخر يرى أن التحكيم في حقيقته ذو طبيعة مركبة بوصفه قضاء إراديا أو عملا قضائيا يستمد أساسه من اتفاق الأطراف أي أنه من ناحية عمل قضائي ولكن في ذات الوقت ينطلق في منشأة عن تصرف إرادي تعاقدي، فإن التحليل القانوني يجب ألا يقف عند القول أنه ذو طبيعة مختلطة أو خليط غير متجانس، فمثل ذلك القول يعتبر بمثابة اعتراف بالعجز ومحاولة للهروب من مواجهة الحقيقة بأبعادها المتعددة، والواجب في مواجهة هذه الحقائق المركبة محاولة تحليلها لردها إلى عناصر المميزة، واختلف أنصار هذه النظرية بين اتجاه يرى أساس المهمة القضائية للمحكم تنتهي إلى إرادة المشرع بعد مرورها بإرادة المحتكمين، في

---

[1]- جورج حزبون حزبون، رضوان عبيدات، المرجع السابق، ص 479.
- زيد حنش عبد الله، المرجع السابق، ص 144.
- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص ص 43،44.

[2]- أشجان فيصل شكري داود، المرجع السابق، ص 46.
- جورج حزبون حزبون، رضوان عبيدات، المرجع السابق، ص 479.

حين يرى البعض الآخر أن المهمة القضائية للمحكم تتركز في إرادة المحتكمين وحدها وبالذات في مجال التحكيم في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية.[1]

وتتمثل الأسانيد التي أوردها هذا الاتجاه فيما يلي:

1. أن كل من النظريتين العقدية والقضائية أصابت جزءا من الحقيقة، لكن الأخذ بإحداهما دون الأخرى يؤدي إلى صعوبات كثيرة، لذا يتطلب عد نظام التحكيم ذا طبيعة مختلطة تجمع بين النظريتين.[2]

2. الأخذ بالنظريتين معا هو أمر مرغوب فيه لتشجيع اللجوء إلى التحكيم، لأن إعطاء نظام التحكيم الطبيعة العقدية يمنح الأفراد حرية اختيار المحكم الذي يتولى مهمة الفصل في النزاع واختيار الإجراءات الواجب إتباعها، وهذا يشعرهم بتميز نظام التحكيم عن باقي أساليب فض النزاع، وبإعطائه الطبيعة القضائية يتمكن قضاء الدولة من فرض الرقابة على التحكيم.

3. احترام المحكم لحقوق الدفاع ولمبدأ المواجهة والتزامه بتسبيب الحكم وسلطته في إدارة جلسات التحكيم تفسره الطبيعة القضائية، أما الطعن في حكم التحكيم بدعوى بطلان الإلغاء وإمكانية اختيار المحكم وتحديد إجراءات التحكيم من قبل أطراف النزاع تفسرها الطبيعة العقدية.

4. بعد اتفاق الأطراف على حل النزاع بواسطة التحكيم يبدأ المحكم مهمته في حسم النزاع وفقا لمتطلبات الوظيفة القضائية، ويكون ملزما بتطبيق شروط اتفاق التحكيم، شأنه شأن القاضي الذي يستند عند الفصل في النزاع المعروض عليه إلى شروط العقد المتعلقة بهذا النزاع، وهنا تظهر الوظيفة التبعية لاتفاق التحكيم.

5. حكم التحكيم يعد حكما قضائيا بعد صدور أمر بتنفيذه إلى العلاقة بين حجية حكم التحكيم وقوته التنفيذية، لأن هذه القوة لا يتمتع بها حكم التحكيم إلا بعد صدور أمر بذلك من الجهة القضائية المختصة، التي تمنح الحكم حجية الأمر المقضي به.[3]

وجهت العديد من الانتقادات لهذه النظرية منها ما يلي:

- لم يقم أنصار هذه النظرية بالدراسة التحليلية لطبيعة نظام التحكيم، وهذا الوصف يعد فرارا من مواجهة هذه الحقيقة بتحديد الطبيعة القانونية، حتى يمكن تحديد القواعد القانونية التي تحكم هذا النظام.

1- نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ص 40،39.

2- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 44.

3- أشجان فيصل شكري داود، المرجع السابق، ص ص 48،47.

- القول بأن التحكيم يتحول من الطبيعة العقدية إلى الطبيعة القضائية عند صدور الحكم الفاصل في النزاع محل نظر، لأن المسلم به أن طبيعة الشيء جزء لا يتجزأ من كل الشيء.
- الأخذ بالنظرية المختلطة يؤدي إلى تناقضات كثيرة، حيث يصعب الجمع بين نظامين مختلفين، فقد تختلف الآراء حول تحديد العناصر التي تحكمها القواعد الخاصة بالعقود، والعناصر التي تحكمها القواعد الخاصة بالقضاء.
- التحكيم لا يتسم بالطبيعة العقدية والقضائية، لأن العقد ليس عنصرا جوهريا فيه، بدليل وجود التحكيم الإجباري الذي لا يتم اللجوء إليه بناء على اتفاق، ولأن المحكم لا ينتمي إلى السلطة القضائية في الدولة التي تتولى الفصل في النزاعات عند إصدار حكم منهي للنزاع.
- العلاقة بين حجية حكم التحكيم وبين قوته التنفيذية والتي استند إليها بعض أنصار هذه النظرية تعد علاقة في غير محلها، لأن أمر التنفيذ يرتبط بقوة حكم التحكيم التنفيذية وليس بحجية الأمر المقضي فيه، والقول بعدم اكتساب حكم التحكيم لهذه الحجية إلا بعد صدور أمر التنفيذ يؤدي إلى إهدار قيمة نظام التحكيم وهذا يتنافى مع الهدف من إقرار القانون لهذا النظام بوصفه وسيلة للفصل في النزاعات.[1]

ثانيا: الآثار المترتبة على الطبيعة المختلطة للتحكيم

أهم ما تنتهي إليه نظرية الطبيعة المختلطة للتحكيم هو تنبيهها أن الدول عندما تنظم التحكيم فإنها لا تنطلق من مفهوم أحادي لطبيعة التحكيم، فمن الطبيعي أن نجد آثار الطبيعة التعاقدية والقضائية متواجدة بنسب مختلفة في كل نظام قانوني. وبذلك ارتبط سبب اختلاف أصحاب الطبيعة المختلطة للتحكيم حول آثار تلك الطبيعة، خاصة في مدى قبول التحكيم الإجباري كشكل من أشكال التحكيم.

غير أنه تكاد تجمع كافة الاتجاهات في الطبيعة المختلطة للتحكيم على التفرقة بين مراحل التحكيم، فهو يبدأ باتفاق ثم يصير إجراء وينتهي بقضاء هو قرار التحكيم، وفي هذا الصدد لابد من الإشارة لموقف الاتجاهات المختلفة في الطبيعة المختلطة للتحكيم من مدى استقلال التحكيم عن الأنظمة القانونية الداخلية؟ وبالذات التحكيم في العلاقات الاقتصادية الدولية؟، فمما لا شك فيه أن الاستقلال يناسب نظرية القواعد عبر الدولية حيث ستصبح للمحكم سلطة واسعة وكذا قدرة على إنشاء نظامه القانوني الخاص.

---

[1] _ أشجان فيصل شكري داود، المرجع السابق ، ص ص 49،50.

بالنسبة للذين أسندوا المهمة القضائية للمحكم إلى إرادة المشرع مرورا بإرادة المحتكمين قد انتهوا إلى أنه ليس للمحكمين والمحتكمين سلطة مطلقة، غير أن هذا الاتجاه هو الآخر انقسم في تحديد مدى العلاقة بين التحكيم والمشرع، فذهب البعض إلى أن التحكيم استثناء على قضاء الدولة التي يجرى فيها، غير أن هناك من رأى في التحكيم نظام قانوني يماثل نموذج قضاء الدولة يعمل معه على سبيل التوازن.

بالنسبة للذين ركزوا المهمة القضائية للمحكم في اتفاق الأطراف رأوا المحكم مستقلا عن الأنظمة القانونية الداخلية وهكذا ينتهي الدكتور هشام صادق إلى أن الطبيعة الاتفاقية لوظيفة المحكم هي التي تستوجب احترامه للاختيار الإرادي لقانون العقد، وهو اختيار مادي يقوم على مبدأ حرية التعاقد ولا يهدف إلى مجرد وضع حل لمشكلة تنازع القوانين، وهذا ما يفسر الحرية الواسعة التي يملكها المتعاقدين في اختيار قانون العقد أمام المحكمين، وهو الأمر الذي فسر أيضا اتجاه بعض أحكام المحكمين نحو إنزال نصوص القانون المختار منزلة الشروط العقدية مما يسمح للمتعاقدين بالتثبيت الزمني لأحكام هذا القانون، وهو الأمر الذي يفسر أيضا أن للمتعاقدين القدرة على اختيار قانون غير داخلي لتنظيم الرابطة العقدية، مثل الأعراف التجارية الدولية أو المبادئ العامة المشتركة،أي تطبيق القواعد عبر الدولية.[1]

المبحث الثاني:
أنواع التحكيم وتمييزه عن ما يشابهه

يأخذ التحكيم أشكالا مختلفة في الممارسة العملية كوسيلة للفصل في المنازعات، سواء من حيث حرية اللجوء إليه، ومن حيث مدى وجود منظمة تديره، وكذا من حيث سلطة المحكم في تطبيق القانون، وباعتبار أن هناك تشابها بين التحكيم والعديد من المصطلحات الأخرى كالصلح والوكالة والخبرة لكونها وسائل اتفاقية للفصل في المنازعات إلا أن هناك فرقا بينها سنقوم بإبرازه من خلال دراستنا، ولتناول أنواع التحكيم وتمييزه عن ما يشابهه سنقوم بتقسيم دراستنا على النحو التالي:

المطلب الأول:
أنواع التحكيم

يتخذ نظام التحكيم كوسيلة لحل المنازعات صورة متعددة في الممارسة العملية، حسب ما إذا كان هذا الأخير مستندا إلى اتفاق خاص، وملتجأ إليه بإرادة الطرفين المختصمين هل التوجه إليه

1- نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ص 42،40.

كان بإرادة الأطراف؟ أم كان مفروضا عليها؟ وهذا ما يؤدي إلى تقسيم التحكيم إلى نوعين التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري، كما قد يقوم أطراف النزاع بإسناد مهمة الفصل في المنازعة الناشبة بحكم ملزم لهما لشخص ثالث، غير أنهم قد يتفقون على اختيار منظمة أو مركز دائم للتحكيم وهو ما يؤدي إلى تقسيم التحكيم إلى نوعين هما التحكيم الحر والتحكيم المؤسساتي، وقد يفصل المحكم في النزاع المطروح أمامه وفقا لأحكام القانون، وقد يفوضه أطراف النزاع بالفصل فيه وفقا لقواعد العدالة والإنصاف وهذا ما يؤدي إلى تقسيم التحكيم إلى نوعين التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح.

الـــــــــفرع الأول:

أنـــــواع الــتحكيم مـــن حيث مـــدى حـــرية اللجوء إليه

الأصل في التحكيم أنه يستند إلى إرادة أطراف النزاع، وهو ما يضفي عليه الطابع الاختياري،[1] فيقوم الطرفان المتنازعان باختيار كل من المحكم والقانون الواجب التطبيق على النزاع موضوعيا وإجرائيا، غير أن التحكيم قد يكون كذلك إجباريا لا اختياريا، وذلك بتدخل من المشرع وجعله من هذا الأخير آلية تسوية بعض المنازعات بالنظر لطبيعتها الخاصة، بحيث لا يجوز للخصوم اللجوء إلى القضاء لتسوية تلك المنازعات.

أولا: التحكيم الاختياري

عرف التحكيم الاختياري على أنه:" توافق إرادة ذوي الشأن على عرض النزاع القائم بينهم أو المحتمل على فرد أو أفراد عاديين يختارون للفصل وفقا للنظام أو وفقا لقواعد العدالة دون عرضه على قضاء الدولة."[2]

يتبين أن التحكيم يكون اختياريا عندما يتفق الطرفان على حل نزاع سبق نشوؤه بينهما أو سينشأ مستقبلا بواسطة هيئة التحكيم، والتي تفصل في النزاع بحكم ملزم، ومن ثم فإن هذا التحكيم يستمد وجوده من اتفاق الأطراف المتنازعة،[3] وبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد بأن

1- آدم وهيب النداوي، المرجع السابق، ص 275.

2- إلياس بن منصور الراجحي، المرجع السابق، ص 40.

3- محمود السيد عمر التحيوي، التجاء الجهات الإدارية للتحكيم الاختياري في العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د ط، 2003، ص 305.

- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د ط، 2007، ص 28.

- محمود السيد التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 38.

- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 49

- محمد سامي الشووا، المرجع السابق، ص 36.

المشرع الجزائري أخذ بنظام التحكيم الاختياري لأن لفظ التحكيم الذي استخدمه المشرع ينصرف للتحكيم الذي يتفق فيه الطرفان على إحالة نزاع قد ينشأ أو نشأ على هيئة التحكيم، وذلك بإرادتهما الحرة سواء كانت هذه الجهة التي تتولى الفصل فيه تأخذ شكل تحكيم حر أو مؤسساتي.[1]

و مما سبق نصل إلى نتيجة هامة مفادها أن الإرادة الذاتية للأطراف المحتكمين تعتبر أحد الأركان التي يقوم عليها نظام التحكيم الاختياري، لأن لها الدور الأساسي في إيجاد هذا الأخير للفصل في المنازعات مشاركا بذلك القضاء صاحب الاختصاص الأصيل بالفصل فيها، ولكن تظل هذه المشاركة تحت إشرافه.[2]

ومن مميزات التحكيم الاختياري ما يلي:

- أن أساسه إرادة الخصوم واختيارهم، فهم وحدهم الذين يجوز لهم الاتفاق على التحكيم في نزاع معين أو في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين.
- لم يحدد نوع المنازعات التي يجوز فيها للأفراد اللجوء إلى التحكيم، وإنما يشترط للجوء إليه أن لا يكون موضوعها متعلقا بالنظام العام وحالة الأشخاص وأهليتهم، ونص المشرع الجزائري على إمكانية اللجوء إلى التحكيم في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية والصفقات العمومية.
- الأصل أن الأطراف المتنازعة من يحددون المحكمين وفي حالة عدم اتفاقهم عليهم أو امتناع أحدهم عن أداء المهمة التحكيمية أو اعتزاله أو عزله أو رده أو قيام مانع حال دون ممارسته لمهامه، عينت المحكمة المختصة بناء على طلب أحد الخصوم.
- يصدر المحكم حكمه دون التقيد بإجراءات المرافعات عدا القواعد الأساسية في التقاضي، ويكون حكمه في الموضوع بمقتضى قواعد القانون إلا إذا كان مفوضا بالصلح فهنا لا يتقيد بهذه القواعد عدا ما يتعلق منها بالنظام العام.[3]

ثانيا: التحكيم الإجباري

نكون بصدد تحكيم إجباري متى لم يكن للأطراف حرية في اللجوء إليه، أي أنهم ملزمون باللجوء إليه في حالة نشوء نزاع بينهم بناء على نص يفرض عليهم هذا الطريق، وهنا يتعين على الأطراف في هذه الحالة سلوك هذا الطريق ولا يكون لإرادتهم دخل في ذلك.[4]

1- هذا ما يمكننا استقراؤه من خلال نص المادتين 1011/1007 من القانون رقم 09/08.

2- محمود السيد عمر التحيوي، أنواع التحكيم وتمييزه عن غيره، المرجع السابق، ص ص 144،145.

3- أسرة التحرير، "مؤسسات التحكيم"، مجلة معهد القضاء، معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية، العدد السادس عشرة، ديسمبر 2008، ص 37.

4- عبد العزيز خليفة، المرجع السابق، ص 28.

- محمود السيد التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 39.

وعرف التحكيم الإجباري على أنه:" هو الذي لا يختار فيه الأطراف التحكيم، ولكن يكون مفروضا عليها، وهي أكثر شيوعا في علاقات العمل، خصوصا في علاقات بين الهيئات العامة وموظفيها."[1]

ويتخذ اتفاق التحكيم الإجباري إحدى الصورتين التاليتين:

الصورة الأولى: يقوم المشرع بتحديد حالات معينة يمنع فيها اللجوء إلى قضاء الدولة بصفة مطلقة، فلا يكون أمام الأطراف إلا اللجوء إلى التحكيم، وهذه الصورة نادرة الحدوث لأنها تخالف إعلانات الحقوق والدساتير، التي تنص على حق كل شخص في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي، وتنص المادة 151 من دستور 1996 المعدل والمتمم على:" – الحق في الدفاع معترف به.
– الحق في الدفاع مضمون في القضايا الجزائية."

الصورة الثانية: يشترط فيها المشرع لقبول الدعوى أمام القضاء ضرورة طرحها في البداية أمام هيئة التحكيم، وإلا قضت المحكمة بعدم قبول الدعوى لتخلف شرط من شروط قبول الدعوى.[2]

فيما يتعلق بالتحكيم الإجباري يرى البعض بأنه ليس تحكيما بالمعنى الفني الدقيق للتحكيم، لتخلف عنصر في التحكيم وهو إرادة أطراف النزاع، ومن ثم فالتحكيم الإجباري ليس له من التحكيم غير الاسم ومن ثم فهو شكل من أشكال القضاء العام، وذهب اتجاه آخر إلى أن التحكيم يدخل في نطاق التحكيم بمعناه الفني ودون أي تحفظ،[3] ونرى أن السبب الكامن وراء هذا الاختلاف هو الاختلاف في تكييف الطبيعة القانونية للتحكيم.

وذهب البعض في تصنيف التحكيم الإجباري إلى نوعين أساسيين آخذا بعين الاعتبار القدر الذي تركه المشرع لإرادة الأطراف في هذا الأخير، فبالنسبة للنوع الأول والذي يكتفي فيه المشرع بفرض التحكيم ويترك للأطراف المتنازعة حرية اختيار المحكم وتعيين إجراءات التحكيم، فهذا النوع يدخل ضمن المفهوم الفني للتحكيم، أما النوع الثاني فلا يكتفي فيه المشرع بهذا القدر من التدخل بل يضع تنظيما إلزاميا لإجراءات التحكيم فلا يكون لإرادة الأطراف المتنازعة أي دور في التحكيم، وهذا النوع يخرج من المفهوم الفني للتحكيم.[4]

وقد أخذ المشرع المصري بالتحكيم الإجباري في نوعين من المنازعات:

=– آدم وهيب النداوي، المرجع السابق، ص 275.

1 – Ian R. Macneil, op,cit, p 7.

2– علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 50.
3– نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 45.
4– نفس المرجع، ص 45.
– علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 51.

النوع الأول: المنازعات بين شركات القطاع العام فكل دعوى يكون فيها المدعي والمدعى عليه من القطاع العام يجب رفعها إلى هيئة التحكيم.

النوع الثاني: المنازعات بين شركة قطاع عام وبين جهة حكومية مركزية أو محلية أو هيئة عامة أو هيئة قطاع عام أو مؤسسة عامة.

غير أن المشرع المصري قد عدل عن هذا التحكيم الإجباري بعد أن تم إصدار قانون قطاع الأعمال سنة 1991.[1]

وأخذ المشرع الفرنسي بنظام التحكيم الإجباري في منازعات العمل الجماعية وذلك للفترة الممتدة ما بين 1936/ 1939، وعلى الرغم من النجاح الذي حققه هذا الأخير من فاعلية سريعة سواء من حيث تسوية المنازعات سلميا أو الحد من الإضرابات التي كان يقوم بها العمال في ذلك الوقت، غير أن المشرع الفرنسي عدل عن التحكيم الإجباري في هذه الأخيرة وتحول إلى التحكيم الاختياري سنة 1950. [2]

أخذ المشرع الجزائري كذلك بالتحكيم الإجباري بإصداره أمرا يتضمن التحكيم الإجباري لبعض الهيئات، ونص صراحة على إنشاء لجنتين إحداهما وطنية ويكون مقرها بمدينة الجزائر، وأخرى ولائية للتحكيم على مستوى الولاية وحدد مجال اختصاص كل منهما، كما حدد نوعية المنازعات التي تنظر فيها هذه الأخيرة بنصه:" لا تعرض أبدا على المحاكم بل يجب أن تقدم للتحكيم في الظروف والأشكال الآتي تحديدها جميع النزاعات المتعلقة بالحقوق المالية أو الحقوق الناجمة عن تنفيذ عقود التوريدات أو الأشغال أو الخدمات والتي يمكن أن تحدث تعارضا في العلاقات بين المؤسسات الاشتراكية والوحدات المسيرة ذاتيا ذات الطابع الزراعي أو الصناعي وتعاونيات قدماء المجاهدين وتعاونيات الثورة الزراعية وكذلك الشركات ذات الاقتصاد المختلط التي تكسب فيها الدولة أغلبية الأسهم."[3]

الــــفـــــرع الـــــثـــانـــي:
أنـــواع الـــتحـــكيم مـــن حـــيث مـــدى وجـــود مـــنظمة تـــديـــره

بانتشار التحكيم كآلية لحل النزاعات، ظهرت وانتشرت مؤسسات ومنظمات دولية ووطنية و إقليمية لتتولى مهمة التحكيم وفقا لقواعد وإجراءات محددة سلفا، وتم تقسيم التحكيم من حيث مدى

1- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 52.
2- نفس المرجع، ص 51.
3- المادة 1 من الأمر رقم 44/75،المؤرخ في 17 يونيو 1975 ،المتضمن التحكيم الإجباري لبعض الهيئات، ج ر عدد 53.

وجود منظمة تديره إلى نوعين أساسيين وهما: التحكيم الحر والتحكيم المؤسساتي نتولى دراستهما على النحو التالي:

أولا: التحكيم الحر

عرف التحكيم الحر على أنه:" التحكيم الذي يتولى الخصوم إقامته بمناسبة نزاع معين للفصل في هذا النزاع، فيختارون بأنفسهم المحكم أو المحكمين، ويختارون القواعد الإجرائية والموضوعية التي يلزم بها المحكمون، وتنتهي مهمة المحكمين بإصدار حكم فاصل في النزاع."[1]

إن هذا التعريف يبين بأن هذا النوع من التحكيم يتم تنظيمه من قبل الأطراف المتنازعة بعيدا عن مراكز التحكيم، إلا أنه أغفل طرقا أخرى تنتهي بها مهمة المحكمين بالإضافة للحالة التي أوردها والمتعلقة بإصدار حكم فاصل في النزاع، ومن هذه الحالات ما يلي:

- بوفاة أحد أطراف العقد.
- بفقد الشئ موضوع النزاع أو انقضاء الدين المتنازع فيه.
- بوفاة أحد المحكمين.

وعرف التحكيم الحر بأنه:" ذلك التحكيم الذي يتولى الخصوم إقامته بمناسبة نزاع معين للفصل في هذا النزاع، فيختارون بأنفسهم المحكم، كما يتولون في الوقت ذاته تحديد الإجراءات والقواعد التي تطبق بشأنه، بتحديدها مباشرة أو بالإحالة إلى المصادر التي تستقي منها."[2]

لذا نعرف التحكيم الحر بأنه التحكيم الذي لا يختار فيه الأطراف المحتكمون هيئة دائمة للتحكيم، بل يجرى في حالات فردية وفق مشيئة الأطراف المتنازعة من حيث اختيار المحكم أو المحكمين، ومن حيث إجراءاته ومكان انعقاده، والقانون الذي يسري على النزاع موضوع التحكيم، ومن ثم فإن صياغة اتفاق التحكيم تعكس رغبة الأطراف المتنازعة في كيفية الوصول إلي تسوية منازعتهم.

ويمكننا إيراد مميزات التحكيم الحر على النحو التالي:

- يتميز هذا النوع من التحكيم بأنه يحقق أكبر قدر من السرية.
- أنه يتميز بأقل تكلفة وأكثر سرعة في فض النزاع القائم.
- المحتكمين يعرفون المحكم معرفة كافية توفر لهم الثقة في حياده، ومن ثم يرى البعض بأن المحكم في هذا النوع من التحكيم يكون مستقلا في عمله بمعنى أنه لا يخضع لضغوط الدول

1- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 53.
2- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص ص 26،27.

الكبرى، على عكس التحكيم المؤسساتي حيث أن مراكز التحكيم المشهورة قد نشأت في كنف الدول الصناعية الكبرى، ولهذا فإنها ميالة لخدمة مصالح الدول الكبرى على حساب الدول النامية.[1]

ثانيا: التحكيم المؤسساتي

عرف التحكيم المؤسساتي بأنه:" ذلك التحكيم الذي تتولاه هيئة أو هيئات منظمة دولية أو وطنية، وفقا لقواعد وإجراءات موضوعة سلفا تحددها الاتفاقيات الدولية أو القرارات المنشئة لها."[2]

وعرف التحكيم المؤسساتي بأنه:" التحكيم المنظم عن طريق هيئات أو مؤسسات أو مراكز وطنية دائمة تضطلع بالتحكيم وفق قواعد وإجراءات تتضمنها لوائحها معروفة سلفا، وتعد قوائم بأسماء المحكمين المعتمدين لديها من ذوي الخبرات والكفاءات والسمعة الدولية يختار الأطراف من بينهم، وتوفر للراغبين في التحكيم عن طريقها الأجهزة الإدارية المتخصصة والمدربة تيسيرا لعملية التحكيم وحسن سير إجراءاته."[3]

بالرغم من أن التحكيم الحر هو السباق في الظهور والانتشار على التحكيم المؤسساتي، إلا أن الوضع قد تغير وأصبح التحكيم المؤسساتي ذائع الانتشار باعتباره أكثر اتساقا مع العلاقات الدولية، لكونها تحتاج لتنظيم دقيق لإجراءاتها وكذا مباشرتها من قبل من يتوافر على الخبرة، وهو ما يتوافر في التحكيم المؤسساتي لأنه ينضم إجراءات التحكيم بصورة تفصيلية موجودا سلفا، إلى جانب وجود قائمة بأسماء المحكمين، وكذا الجهاز الذي سيتولى متابعة تنفيذ هذه الإجراءات حتى صدور حكم التحكيم في النزاع، ومن هنا وجدت المؤسسات التحكيمية المتخصصة في نظام التحكيم، ومنها ما هو على المستوى الوطني ومنها ما هو على المستوى الدولي.

ويتميز التحكيم المؤسساتي بعدة مميزات وهي:

- وجود قوائم بأسماء المحكمين المتخصصين بما يجنب الأطراف المتنازعة مشقة البحث عن المحكم المناسب.
- وجود لوائح معدة مسبقا تتناول الإجراءات التي ينبغي أن يتم التحكيم على أساسها، وهي في العادة إجراءات سريعة، بسيطة وغير معقدة.
- هو الوسيلة الأنجع لإدارة المنازعات ذات القيم الكبيرة وكذا المنازعات المعقدة، وهذا النوع من التحكيم يكفي المحتكمين البحث عن مكان التحكيم، لأن التحكيم سيجرى في مقر هذه المنظمات.

1- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص ص 53،54.
2- نفس المرجع، ص 54.
3- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص ص 27،28.

- التحكيم المؤسساتي أكثر تلبية لتوقعات الأطراف في ظل استقرار سوابق التحكيم تحت رعاية المنظمة.[1]

الـــــفـــــرع الـــــثالـــــث:

أنواع الـــتحكيم من حيث مـــدى سلـــطة المحكم فـــي تطبـــيق الـــقانون

عندما يتم عرض النزاع على المحكم يقوم هذا الأخير بفحص وتقييم إدعاءات الأطراف المتنازعة، للفصل في النزاع بحكم، ولذلك سيسلك أحد الطريقين التاليين بناء على اتفاق الأطراف:

الأول: أن يلتزم المحكم بتقييم الإدعاءات بمعيار موضوعي أساسه أحكامه القانون مثله مثل القاضي.

الثاني: أن يلتزم المحكم في تقييمه بمعيار شخصي قوامه التقدير الذاتي لمدى عدالة الإدعاءات المطروحة أمامه.

ومن ثم يكون بصدد نوعين من التحكيم من حيث سلطة المحكم في تطبيق القانون، في النوع الأول يلتزم المحكم بالتطبيق الحرفي لما جاء في القواعد القانونية الواجبة التطبيق، أما في النوع الثاني فإن المحكم يلتزم بالبحث عن حل عادل ومنصف يلاءم النزاع، ولو استلزم ذلك عدم الالتزام الحرفي بالقواعد القانونية الواجبة التطبيق طالما كان ذلك في إطار احترام النظام العام عبر الدولي، وهو ما يطلق عليه بالتحكيم بالصلح والذي يلزم لجوازه الاتفاق الصريح بين الأطراف على تزويد المحكم بسلطة التحكيم بالصلح.[2]

أولا: التحكيم بالقانون

الأصل أن يتفق الطرفان على حل نزاعاتهما وفقا لأحكام القانون، وهنا يمارس المحكم سلطته مثل القاضي حيث يلتزم بتطبيق أحكام القانون على النزاع المطروح عليه، من خلال البحث في ادعاءات الأطراف المتنازعة وتقييمها لينتهي بإصدار حكمه بناء على النص القانوني بغض النظر عن مدى عدالة النتائج التي توصل إليها هذا الأخير. ويطلق على هذا النوع من التحكيم كذلك " التحكيم العادي" وأطلقت عليه كذلك محكمة النقض المصرية مصطلح " التحكيم بالقضاء".[3]

بالرجوع إلى الشريعة العامة يلزم المحكم حتى يخرج عن نظام التحكيم بالقانون لكي يدخل في نظام التحكيم بالصلح أن يستند إلى اتفاق صريح بين الأطراف على تخويله سلطة الفصل عن

1- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص ص 30،31.
2- نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 57.
3- نفس المرجع، ص 58.



طريق التحكيم بالصلح، ولقد تميز التحكيم بالقانون ولفترة طويلة بأن المحكم لا يقوم بدور إنشائي فيما يتعلق بالقاعدة القانونية التي سيطبقها، عكس التحكيم مع التفويض بالصلح.[1]

ثانيا: التحكيم بالصلح

عرف التحكيم بالصلح بأنه:" تحرير المحكم من التقيد بأي نصوص تشريعية أو أي قواعد قانونية أيا كان مصدرها ليجري المحكم نوعا من التسوية للنزاع المعروض عليه مستلهما ما يراه محققا للعدالة وما يرضي ضميره، فهو يقوم بعمل إنشائي خلاق لا يخضع فيه إلا لما يرضي وجدانه."[2]

في التحكيم بالصلح لا يتقيد المحكم بقواعد القانون الموضوعي وإنما يلجأ لقواعد العدالة التي تحقق توازن المصالح بين الطرفين، حتى ولو كانت مخالفة لأحكام القانون الذي يحكم النزاع،[3] في حين أنه في التحكيم بالقانون يكون على المحكم أن يبحث عن حكم لهذا الأخير في مصادر القانون الواجب التطبيق على الترتيب الذي وضعه المشرع، أما في التحكيم بالصلح فالمحكم ومنذ البداية تخطى هذه المصادر لأنه مخول من قبل الطرفين في أن يشرع بنفسه حلا فرديا للنزاع المطروح عليه قد لا يطابق الحلول التي توصل إليها أحكام القانون العامة المجردة.

تجيز معظم القوانين الداخلية والمعاهدات الدولية أن يتفق الأطراف على تخويل هيئة التحكيم سلطة عدم الالتزام بحرفية القواعد القانونية، والتمتع بسلطة البحث عن حل عادل ومنصف يلاءم النزاع، وهو ما جعل البعض يطلق على هذا النوع من التحكيم مصطلحات أخرى مثل: " التحكيم مع تفويض بالصلح"، " التحكيم بالعدالة"، " التحكيم بالعدل والإنصاف"" ...الخ.[4]

نص المشرع الجزائري قبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية على إمكانية أن يفصل المحكم في النزاع المطروح عليه عن طريق التحكيم بالصلح كاستثناء من القاعدة العامة، وهي أن يتم الفصل في النزاع من قبل المحكمين كمفوضين في الصلح،[5] غير أنه وفي قانون الإجراءات

1- نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 58.
2- نفس المرجع ، ص 58.
3- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 46.
- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 31.
4- نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 59.
5- المادة 451 من المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 25 أفريل 1993، المعدل والمتمم للأمر رقم 154/66 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية.

المدنية والإدارية عدل عن موقفه المجيز للتحكيم بالصلح، بنصه صراحة على أن التحكيم يكون وفقا لقواعد القانون، حيث نص على " يفصل المحكمون وفقا لقواعد القانون"[1]

وقد أثير تساؤل عن الوضع في حالة تعارض حكم التحكيم بالصلح مع قواعد النظام؟

في هذا الصدد نصت تشريعات الدول التي تأخذ بالتحكيم بالصلح كجمهورية مصر على أن حكم التحكيم في هذه الحالة يكون باطلا بطلانا مطلقا، وتقضي المحكمة من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم،[2] وهذا النص يؤكد على أن المشرع المصري لم يميز في هذا الصدد بين التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح.

وفي تكييف التحكيم بالصلح ذهب البعض من الفقه إلى أن هذا النوع من التحكيم هو عقد صلح، وليس تحكيما بالمعنى الفني الدقيق، لأن المحكم المصالح لا يجوز له أن يجرد أحد الخصوم من كل طلباته، فالخصم الذي لجأ إلى هذا النوع من التحكيم لم يرغب في التنازل عن كل حقوقه، وإنما عن بعضها في مقابل أن يتنازل خصمه عن بعض ما يتمسك به وهذا التقابل في الحقوق قد فوض المحكم المصالح بتنسيقه ولم يفوضه بأي حال من الأحوال بتجريده من سائر ما تمسك به من حقوق، وهو جوهر عقد الصلح والذي عرفه القانون المدني بأنه:" الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه."[3]

بينما يرى بعض الفقه أن مهمة المحكم ليس التوسط أو التوفيق بين الخصوم لكي يتنازل كل منهم عن بعض ادعاءاته، ولكنه يصدر حكما ملزما وقد يقضي بالحق كله لأحدهما وإن سمي مصالحا، ويرى أنصار هذا الرأي أنه لا ينبغي أن يقال أن هناك تحكيما بالصلح وتحكيما بالقانون لأن المحكم بالصلح ليس وكيلا عن أحد الطرفين إنما يمارس عملا قضائيا، لأنه كالقاضي يتحقق ويتثبت من الأمور وفقا لمعايير معينة وهي قواعد العدالة.[4]

وهنا يتبين أن المحكم المفوض بالصلح يتميز بنوعين من السلطات، منها السلبية: وهي سلطة عدم الالتزام بحرفية القواعد القانونية، وسلطة إيجابية: وهي سلطة خلق الحل الملائم للمنازعة، ولقد كانت السلطة الأولى محل اهتمام الفقه وفي هذا الشأن يشير Loquin إلى أن التحكيم بالصلح يعني التنازل التعاقدي من قبل الخصوم عن الحق في الاستفادة من تطبيق القانون على نزاعهم، وهذا التنازل لا يرد على القانون ذاته، ولكنه على الحق الشخصي الذي يمنحه القانون، ويجمع الفقه على

1- المادة 1023 من القانون رقم 09/08.

2- المادة 2/53 من قانون التحكيم المصري رقم 27 المؤرخ في 18 أفريل 1994.

3- المادة 459 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 مايو 2007، ج ر عدد 31.

4- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 48.

أن السلطة السلبية للمحكم بالصلح يحدها التزامه بالمبادئ الأساسية الموجهة لنظر الخصومة، كما هو شأن احترام حقوق الدفاع.

وهنا نلاحظ أنه تم الخلط بين المبادئ الأساسية التي تقوم عليها الخصومة وفكرة النظام العام، فإذا كانت تلك المبادئ متوافرة في النظام العام سواء كان داخليا أو دوليا، إلا أن هذه الأخيرة لا تقتصر على تلك المبادئ، ومن جهة ثانية فإن القول بأن المحكم ملزم باحترام النظام العام سواء الداخلي أو الدولي هنا تثور مشكلة أخرى وهي في تحديد الدولة التي يتعلق بها ذلك النظام العام، في هذا الصدد نادى اتجاه من الفقه بتقيد المحكم بالصلح بالنظام العام بشكل عام، وهناك اتجاه آخر خفف من القاعدة السالفة الذكر في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية فالمحكم يستطيع تجاهل القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام الداخلي ويقف عند ما يمس النظام العام الدولي، على أساس أن مراعاة النظام العام الداخلي أمر راجع للمحكم ولمبدأ المواءمة المتروك له لضمان الاعتراف والتنفيذ لحكمه دون عائق من القوانين الداخلية.[1]

لكن نرى بأن سلطة المحكم بالصلح في الخروج على أحكام القانون لا تمتد إلى أحكام القواعد الآمرة لأن الطرفان المتنازعان لا يملكان الحق في الخروج عنها أو التنازل عن الحقوق المقررة لهما بمقتضاه، وهذا مراعاة لمقتضيات النظام العام، فالمحكم يستمد سلطته في هذا الخروج من إرادة طرفي اتفاق التحكيم، وكلما تعلق الأمر بقاعدة أمرة من القواعد المقررة للمصلحة العامة فإن المحكم لا يمكنه الخروج عنها لأن الطرفين لا يملكان الاتفاق على خلافها أو النزول عن الحقوق التي تخول لهما.

المطلب الثاني:
تمييز التحكيم عن ما يشابهه

إذا كان التحكيم هو وسيلة للفصل في المنازعات التي تنشأ أو ستنشأ مستقبلا دون اللجوء إلى قضاء الدولة، بموجب اتفاق يلتزم بموجبه الأطراف المتنازعة على عرض نزاعاتهم للفصل فيها من قبل هيئة تحكيم يختارونها، فإنه يعد نظاما خاصا ومتميزا بقواعده عن الوسائل الأخرى المعروفة لتسوية المنازعات على غرار الصلح مثلا، الذي يحسم به المتنازعون بأنفسهم وذلك بتنازل كل منهما عن بعض مما يتمسك به، فهيئة التحكيم وإن كانت قد اختيرت من قبل الأطراف المتنازعة، غير أن ذلك لا يعطيها صفة الوكيل عنهم، لأن الوكيل يستمد سلطته من الموكل ويعمل باسمه ولحسابه بل ويلتزم في أداء تعليماته بتعليمات الأصيل ودون تجاوز لحدود وكالته وفقا

1- نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ص 61،62.

للأحكام العامة للوكالة، وإلا عد مسؤولا لوحده عن ذلك التجاوز ما لم يقم الأصيل بإقراره فيما بعد، كما أن هيئة التحكيم لا تعد خبيرا في النزاع المطروح عليها بحكم الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم لفضه، سواء أخذ صورة شرط تحكيم أو اتفاق تحكيم أو كما يصطلح عليه البعض مشارطة تحكيم، لأن دورها لا يقتصر على تقديم تقرير الخبرة والتي تخضع فيما بعد للسلطة التقديرية لقاضي الدولة، لأن رأيه هذا ليس له القوة الإلزامية.

الفرع الأول:

تمييز التحكيم عن الصلح

على الرغم من كون نظام التحكيم نظام خاص للفصل في المنازعات بعيدا عن قضاء الدولة يتفق بموجبه الأطراف على عرض نزاعهم على محكم أو محكين يختارونهم، إلا أنه يختلف عن نظام الصلح الذي يعد هو الآخر وسيلة لتسوية النزاعات، إلا أنها وسيلة ذاتية يقوم بها الأطراف ذوو الشأن بأنفسهم، أو من يمثلهم وبمقتضاها يحسمون منازعاتهم عن طريق تنازل كل منهم عن بعض ما تمسك به قبل الأخر.

عرف القانون المدني الصلح بأنه:" عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه."[1] ، من التعريف التشريعي نستنتج عناصري الصلح وهما: أولا وجود نزاع قائم أو محتمل، و ثانيا: التنازل المتبادل من كل طرف عن حقه.

ومن ثم لقيام الصلح لابد من توافر العنصرين السالفي الذكر، تجدر الإشارة إلى أن الصلح عقد من عقود التراضي الملزمة للجانبين، يتنازل بمقتضاها كل طرف عن جزء من ادعاءاته بما يسمح بالتوصل إلى حل النزاع القائم بين الطرفين أو الأطراف، ولا ينشئ الصلح حقوقا جديدة وإنما هو عقد كاشف لحقوق الطرفين، ولا يعتبر عمل القاضي هنا من قبيل العمل القضائي بل من قبيل الأعمال الولائية.[2]

أولا: أوجه الشبه بين التحكيم والصلح

تتمثل أوجه الشبه بين التحكيم والصلح فيما يلي:

- كلاهما من الطرق البديلة لحسم النزاعات بدلا من القضاء.

1- المادة 459 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم.
2- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 44.

- كلاهما يستند إلى إرادتي طرفي النزاع، والتي قد تكون سابقة على نشوء النزاع (في شرط التحكيم) أو لاحقة عليه (اتفاق التحكيم) فإن انعدم الاتفاق فلا تحكيم ولا صلح.
- التحكيم والصلح متحدان من حيث النطاق حيث أنهما يقتصران على حسم المنازعات التي لا يكون موضوعها متعلقا بالنظام العام، أو حالة الأشخاص أو أهليتهم، غير أن المشرع أجاز الصلح في المسائل المالية الناجمة عن الحالة الشخصية.[1]
- يستندان إلى عقد، فالتحكيم بصورتيه شرطا كان أو اتفاقا، وكذلك الصلح هو عقد بنص القانون.[2]
- يؤديان إلى إنهاء النزاع بين الطرفين المتنازعين.[3]

وبالرغم من نقاط التشابه التي أوردناها إلا أن هناك اختلافا بين التحكيم والصلح، وهي:

ثانيا: أوجه الاختلاف بين التحكيم والصلح

- محل عقد التحكيم هو التزام الخصوم بسلب الاختصاص من المحاكم المعنية وطرحه على المحكم أو على هيئة التحكيم،حتى تصدر فيه حكما ينهي النزاع، أما في الصلح فهناك تنازل متبادل بين الخصوم عن حقهم.
- في الإجراءات الشكلية الصلح يتم بتلاقي الإرادتين، أما التحكيم فله إجراءات محددة قانونا.
- في الجانب الموضوعي الصلح لا يلزم سماع البينات، أما التحكيم فيتم سماع البينات من الأطراف المتنازعة.
- الصلح يمكن أن يجرى بين المتنازعين مباشرة دون واسطة من شخص ثالث، في حين أن التحكيم لا يكون إلا عن طريق طرف ثالث غير الطرفين المتنازعين وهو المحكم أو المحكمين.[4]
- التحكيم ينتهي بحكم حاسم للنزاع، يكون قابلا للتنفيذ الجبري مباشرة بعد إمهاره بالصيغة التنفيذية واستكمال الإجراءات المتطلبة قانونا، أما الصلح فلا يقبل التنفيذ إلا بعد تصديق القضاء العام في الدولة والذي يجعله صالحا لإمكانية وضع الصيغة التنفيذية عليه.[5]

---

[1]– حيث تنص المادة 461 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975على:" لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام ولكن يجوز الصلح على المسائل الناجمة عن الحالة الشخصية."

– تنص المادة 2/1006 من قانون رقم 09/08 على:" لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم."

[2]– والمادتان 1007، 1011 من قانون رقم 09/08، المادة 459 من الأمر رقم 58/75.

[3]– المادة 462 من نفس الأمر.

[4]– عبد العزيز بن عبد الرحمن بن عبد الله آل فريال، المرجع السابق، ص 40.

[5]– خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص ص 44،45.

– إياس بن منصور الراجحي، المرجع السابق، ص 23.



- الصلح وسيلة ذاتية يقوم بها الأطراف ذو الشأن بأنفسهم أو بواسطة من يمثلونهم، يحسمون بها نزاعهم بأن يتنازل كل منهما أو منهم عن حقه، في حين يقتصر دور الأطراف المتنازعة في التحكيم على اختيار هيئة التحكيم تتولى الفصل في النزاع الذي هو موضوع اتفاق التحكيم بإصدار حكم يكون ملزما لهم.
- الحل الذي ينتهي إليه التحكيم يكون نابعا من إرادة هيئة التحكيم، دون الاعتداد بإرادة الأطراف المتنازعة، عكس الصلح الذي يكون فيه الحل الذي ينهي النزاع من عمل الأطراف، حتى ولو فوضوا شخصا من الغير في إجراء هذا الصلح، وحتى ولو اتفقوا في عقد الصلح على اختيار شخص ثالث يقوم بالتوفيق بينهم فإن هذا الشخص لا يعدو أن يكون وسيطا أو مصالحا والحل الذي ينتهي إليه لا يكون ملزما لأطراف النزاع إلا بقبولهم له.
- ينتهي التحكيم بحكم تحكيم ملزم لأطراف المتنازعة، ويعد سندا تنفيذيا متى صدر الأمر بتنفيذه من القضاء العام في الدولة، ويطعن فيه بطرق الطعن المقررة وفقا لما تقرره التشريعات، بينما عقد الصلح لا يكون قابلا للتنفيذ في ذاته، ولا يكون سندا تنفيذيا إلا إذا أفرغ في صورة عقد رسمي ، أو تم أمام قضاء الدولة عن طريق إقرار الخصوم أمام المحكمة وإثبات ذلك الإقرار في محضر الجلسة ويجوز الطعن فيه بطرق الطعن المقررة للعقود.
- في الصلح يتنازل كل طرف عن جزء من حقه، أما في التحكيم فإن الأطراف المحتكمة لا يقدمون أي تنازل، وإنما يقومون بتكليف هيئة التحكيم بالفصل في النزاع، بإصدار حكم تحكيمي يكون ملزما للأطراف، كما أنه في الصلح يعرف كل طرف ما سيتنازل عنه، على عكس التحكيم فالأطراف لا يعرفون ما سيكون عليه حل النزاع.[1]

1– محمود السيد عمر التحيوي، أنواع التحكيم وتمييزه عن غيره، المرجع السابق، ص ص 241،237.

– ناصر بن حمد الراجحي، المرجع السابق، ص ص 36،35.

– خالد عبد العزيز محمد الدخيل، التحكيم في النظام السعودي على ضوء الفقه الإسلامي، بحث مقدم استكمالا للحصول على درجة الماجستير في العدالة الجنائية تخصص التشريع الجنائي الإسلامي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، الرياض، 2004، ص 32.

– آدم وهيب النداوي، المرجع السابق، ص 277.

الـــــــفرع الـثـانــــي:
تـــمـــييـــز الــــتحكيـــم عـــن الـــوكـــالـــــة

عرف المشرع الجزائري الوكالة بأنها:" الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شئ لحساب الموكل وباسمه."[1]

وعرفت النيابة كذلك من قبل الفقه على أنها:" نظام قانوني يعبر عن وسيلة فنية لإنشاء التصرف القانوني (عقد كان أو تصرفا انفراديا) بالاستعانة بشخص وسيط هو النائب، على أساس التعاقد قد لا يقوم به الشخص بالأصالة عن نفسه، ولكن قد يقوم به النائب، نيابة عن صاحب الشأن (الأصيل)."[2]

فالنائب هو شخص يتصرف لحساب غيره، وتحل إرادته محل إرادة الأصيل، وينعقد العقد وتتصرف آثاره إلى ذمة الأصيل.[3]

وتنقسم النيابة من حيث مصدرها إلى ثلاثة أقسام: نيابة قانونية، ونيابة قضائية، ونيابة اتفاقية، ولكي نكون بصدد أسلوب فني للتعاقد لابد من توافرها على ثلاثة شروط متى توافرت ترتب الوكالة آثارها القانونية وهي:

- أن تحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل.
- أن يتعاقد النائب باسم الأصيل.
- أن يعمل النائب في الحدود المرسومة لنيابته.

لما كان وجه الشبه الوحيد بين التحكيم والوكالة هو أن كل منهما يعتمد في وجوده على عقد، نقوم ببيان أوجه الاختلاف بينه وبين الوكالة وذلك على النحو التالي:

أوجه الاختلاف بين التحكيم والوكالة

- عقد التحكيم طرفاه هما طرفا النزاع وموضوعه هو اختيار شخص أجنبي هو المحكم للفصل في النزاع، أما في عقد الوكالة فإن الطرفان هما الموكل والوكيل وموضوعها تخويل الوكيل ذاته سلطة النيابة عن الموكل في عمل من الأعمال القانونية.[4]

1- المادة رقم 571 من الأمر رقم 58/75.

2- محمود السيد عمر التحيوي، أنواع التحكيم وتمييزه عن غيره، المرجع السابق، ص 250.

3- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المجلد الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، ص 463 وما بعدها.

4- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 46.

- القاعدة أن الوكيل يستمد سلطاته من الموكل ويملك التنصل من عمل الوكيل إذا خرج عن حدود وكالته، كما أن الوكيل لا يقوم إلا بما يمكن أن يقوم به الموكل، أما هيئة التحكيم وبعد اختيارها من قبل الأطراف المحتكمين تكون مستقلة في أداء عملها تماما عنهم، فهم لا يملكون حق التدخل في عملها بأن يصدروا إليها تعليمات تتقيد بها، ويكون الحكم الصادر عن هذه الأخيرة ملزما لهم.
- وفـــقا للقواعد العامة يجوز للوكيل عزل وكيله في أي وقت ودون إبداء أسباب، أما في التحكيم هناك نظام لرد المحكم ويجب إتباع الإجراءات المحددة قانونا لرده.[1]
- والسبب في عدم إمكانية عزل المحكم كون هيئة التحكيم تقوم بولاية القضاء، والولاية هنا هي ولاية خاصة* لأن شرط صحتها أن تقوم باتفاق من طرف الخصوم يتحدد بموجبه مجال النزاع، وكذا موضوعه، وكل من الإجراءات وما هو ضروري من شروط لحسمه.
- المحكم الذي يختاره كل من الأطراف المتنازعة لا يعبر عن وجهة نظر هذا الطرف، لأن المحكم المختار من قبل أي طرف من الأطراف المتنازعة ليس صاحب قرار منفرد، لأنه وليد الإرادة المشتركة، في حين أن النائب يمثل إرادة واحدة وهي إرادة الأصيل.
- النائب وفقا لأحكام الوكالة يقوم بالتعبير عن إرادة الموكل، في حين أن الأمر في التحكيم مختلف لأن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع تصدرا حكما وهذا الحكم سيكون في صالح أحد الطرفين المتنازعين ضد الآخر، لأن هيئة التحكيم مفوضة بالحكم من المتخاصمين معا.[2]

واختلفت آراء الفقه الوضعي المقارن في تكييف علاقة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم بالأطراف المحتكمة التي اختارته؟

الرأي الأول: كيفها على أنها وكالة، ووصفها بأنها وكالة مصلحة مشتركة بين أطراف النزاع موضوع اتفاق التحكيم، وتتمثل هذه المصلحة المشتركة في قيام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع بإصدار حكم تحكيمي منهي للنزاع القائم، ولما كان الأمر متعلقا بمصلحة مشتركة في هذه الوكالة فإنه يرتب جملة من النتائج منها:

- هيئة التحكيم مكلفة بالفصل في النزاع تلتزم وفقا لهذا العقد بأداء مهمتها والتي لا تنتهي إلا بإصدار حكم تحكيمي يكون منهيا للنزاع القائم بين الأطراف المتنازعة.
- أن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع تلتزم في إصدارها لحكم تحكيمي بأحكام القانون الذي اختاره الأطراف ليحكم إجراءات التحكيم أو موضوع النزاع.

1- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 47.
* الولاية الخاصة: هي إمضاء القول على الغير المعينين بذواتهم، أو بأوصافهم.
- محمود السيد عمر التحيوي، أنواع التحكيم وتمييزه عن غيره، المرجع السابق، ص 258.
2- خالد عبد العزيز محمد الدخيل، المرجع السابق، ص 33.

- أن هيئة التحكيم تلتزم بحدود مهمتها التي اختيرت من أجلها ومراعاة حقوق الأطراف المحتكمين، لاسيما مبدأ المواجهة، ومبدأ المساواة ، وكافة القواعد التي تم صياغتها من طرف الأطراف في اتفاقية التحكيم.
- أن إخلال هيئة التحكيم بالتزاماتها يجعلها مسؤولة عن تعويض الأضرار التي تترتب على هذا الإخلال، وفقا للقواعد التي تحكم المسؤولية العقدية، غير أن المشرع الجزائري لم يورد في أحكام التحكيم نصا قانونيا يؤكد على مسؤولية هيئة التحكيم والتزامها بالتعويض عن الأضرار التي تلحقها هذه الأخيرة.
- هيئة التحكيم وإن كانت تقوم بمهمة شبيهة لمهمة القاضي العام في الدولة، إلا أنها لا تتبع دولة معينة، كما أنها لا تصدر حكمها باسم دولة معينة، لأنها تستمد سلطاتها وصفتها من اتفاق الأطراف.
- أن هيئة التحكيم لا تسأل في حالة إساءتها التقدير طالما أنها بذلت العناية اللازمة، إلا في حالة وجود غش أو انحراف فهنا يمكن مساءلتها مساءلة تقصيرية، غير أن وجود قواعد تنظم موضوع رد القضاة يؤدي إلى تجنب حالات المسؤولية.[1]

الرأي الثاني: كيف وظيفة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع اتفاق التحكيم على أنها خليط بين الوكالة والوظيفة العامة، وهناك من كيف هذه العلاقة على أنها عقد تأجير خدمات، وهو اتجاه يناقض فكرة استقلالية هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع اتفاق التحكيم، والذي قد ينتهي إلى إصدار حكم تحكيم ضد مصالح الطرف الذي اختار أحد أعضائها.

الفرع الثالث:
تمييز التحكيم عن الخبرة

عرفت الخبرة بأنها:" المهمة التي يعهد بمقتضاها الخصوم إلى شخص متخصص في مهنة أو مجال معين بمهمة إبداء رأيه في مسألة فنية تدخل في مجال معين بمهمة إبداء رأيه في مسألة فنية تدخل في مجال اختصاصه دون إلزام الخصوم بهذا الرأي."[2]، وهناك من عرفها بأنها:" بمثابة شهادة فنية في بعض المعارف والتخصصات التي لا يلم القاضي بها، لذلك قالوا بوجوب تحقق العدالة في الخبير على اعتبار أن ذلك شرط في الشهادة، وهناك من قال كذلك بأن:" الخبرة هي

1- محمود السيد عمر التحيوي، أنواع التحكيم وتمييزه عن غيره، المرجع السابق، ص ص 262،269.
2- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 40.

إحدى طرق الإثبات التي يمكن أن يلجأ إليها الأطراف في الدعوى، كما أن للقاضي أن يلجأ إليها من تلقاء نفسه كلما دعت الحاجة للتثبت من المسائل فنية اختصاصية".

وعرفت الخبرة بأنها:" هي تدبير إجرائي، ليلجأ إليه القاضي في كل أمر يستلزم معرفة ضرورية بالوقائع ذات الطبيعة المركبة، حيث يعهد القاضي بمقتضى هذا التدبير وبموجب سلطته التقديرية إلى واحد أو أكثر من الاختصاصيين، البحث والتدقيق في الأسئلة المعروضة عليه، والتي تكون من طبيعة فنية تقنية صرفه، تدخل في اختصاصهم ومعارفهم." [1]

ويمكننا تحديد خصائص الخبرة فيما يلي:

- تعد الخبرة إذا تقررت من القضاء، سواء قررها القاضي من تلقاء نفسه، أو بناء على طلب الخصوم.
- الخبرة هي تحقيق فني يتناول الوقائع المادية دون المسائل القانونية، لأن المسائل القانونية هي من اختصاص القاضي، كما أن الخبرة الفنية تقتصر على الوقائع المختلف عليها في ملف الدعوى، ولا تتناول الوقائع التي يمكن إثباتها بغير الخبرة، مثل تلك الوقائع التي يمكن إثباتها بالشهادة.
- الخبرة هي اختيارية بالنسبة للقاضي، فهو غير ملزم باللجوء إليها كلما طلب الخصوم ذلك، ما دام لا يوجد نص قانوني يلزم القاضي باللجوء إلى الخبرة في بعض المنازعات المعينة، كما هو عليه الأمر في بعض التشريعات العربية كقسمة المال الشائع.
- تكون الخبرة ذات صفة طارئة يتم تقريرها تبعا للدعوى التي تقتضيها، وهذا لا يمنع من طلب إجراء مؤقت في دعوى مستعجلة بإجراء معاينة وخبرة، من أجل الوقوف على شأن عاجل يتطلب تدبيرا احتياطيا بمنع خطر أو تلافي ضرر.[2]

أولا: أوجه الشبه بين التحكيم والخبرة

يمكننا إجمال أوجه الشبه القائمة بين التحكيم والخبرة في النقاط التالية:

- يشترك التحكيم مع الخبرة في كونهما يقومان على ضرورة توافر الموضوعية وكذا الحياد والنزاهة والاستقلال أثناء مباشرة عملية التحكيم أو إنجاز الخبرة.
- يرى البعض بأن النظام القانوني للتحكيم يتشابه مع الخبرة في أساسهما وهو اتفاق الأطراف، كما أن التحكيم والخبرة لا يلجأ إليهما من الأطراف المتنازعة إلا بخصوص مسألة محل نزاع أو خلاف.

1- محمد واصل، حسين بن علي الهلالي، الخبرة الفنية أمام القضاء (دراسة مقارنة)، المحكمة العليا، مسقط، د ط، 2004، ص 22.
2- نفس المرجع، ص ص 23،26.



ثانيا: أوجه الاختلاف بين التحكيم والخبرة

تتمثل أوجه الاختلاف الموجودة بين التحكيم والخبرة في النقاط التالية:

- يختلف التحكيم عن الخبرة في دور كل منهما، فدور المحكم يتسم بالسلبية حيث ينظر فيما قدم إليه من الخصوم من مستندات، في حين أن دور الخبير يتسم بالإيجابية حيث يبادر للحصول على كافة المعلومات اللازمة لإعداد تقريره.
- يختلف التحكيم عن الخبرة في أن للخبير حق التصدي وإبداء الرأي والمشورة دون حاجة للرجوع للأطراف، وهو ما لا يتسنى للمحكم الذي يتحتم عليه تخويل الأطراف إمكانية تقديم مستنداتهم وحق كل طرف في الإطلاع على ما يقدمه الطرف الآخر، ومن ثم فهو يقوم بدور مشابه لدور القاضي.
- يختلف التحكيم عن الخبرة في كون الأخيرة ما هي إلا إبداء الرأي والمشورة من متخصص لمن يطلبها دون التزام من هذا الأخير بإتباعها، في حين أن التحكيم هو فصل في النزاع من المحكم يلتزم به المحتكمون إليه، أي أن قوام الخبرة هو إبداء الرأي وقوام التحكيم هو الفصل في النزاع أو الخصومة.
- يختلف التحكيم عن الخبرة في كون مهمة الخبير منحصرة في إبداء رأي فني في مسألة محددة، في حين أن مهمة المحكم تتمثل في حسم النزاع المطروح عليه، كما أن مهمة الخبير هي الفحص المادي أي أن مهمته محصورة في فحص المسائل الواقعية ذات التخصص الفني عموما، في حين أم مهمة المحكم فحص إدعاء قانوني والفصل فيه طبقا لقواعد إجرائية محددة. [1]
- المحكم لا يؤدي اليمين لأن ثقة الخصوم به هي التي أدت لاختياره، في حين أن الخبير يؤدي اليمين أمام القضاء بمقتضى النصوص القانونية.[2]

وللتفرقة بين التحكيم والخبرة أهمية من الناحية العملية نظرا لاختلاف النظام القانوني الذي يحكم كل منهما، فالقواعد التي تحكم الاتفاق على التحكيم لا تتطابق مع تلك المتعلقة بالخبرة، فالكتابة شرط لصحة التحكيم سواء أخذ صورة شرط أو اتفاق تحكيم، ولكنها ليست كذلك عند اللجوء إلى الخبير، في الخصومة التحكيمية تكون هيئة التحكيم مكلفة بالفصل في النزاع المعروض عليها موضوع اتفاق التحكيم والقرار الصادر عنها في هذا الخصوص ملزم للأطراف المحتكمة،

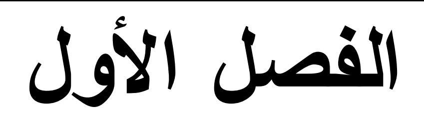
1- خالد عبد العزيز محمد الدخيل،المرجع السابق، ص 34.
- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص ص 40،42.
2- آدم وهيب النداوي، المرجع السابق، ص 276.



في حين أن رأي الخبير ليس له القوة الملزمة كحكم التحكيم ولا يجوز الطعن فيه بطرق الطعن المحددة لحكم التحكيم، فعمل الخبير ليس أكثر من دليل من أدلة الإثبات التي تتوقف حجيتها على تقدير من يتولى الفصل في النزاع قاضيا كان أو محكما، وللتمييز بين التحكيم والخبرة أهمية خاصة لاسيما في العقود الزمنية بسبب ما يتركه تغير الظروف الاقتصادية أثناء تنفيذ هذه العقود من أثر على التزامات أطرافها، فكثيرا ما يتفق الطرفان أو الأطراف المتنازعة، فكثيرا ما يتفق الطرفان في العقد ذاته أو في اتفاق لاحق على شخص ثالث يتولى مهمة جعل توافق بين العقد والظروف المستجدة.[1]

غير أن هذه الأهمية الأخيرة تثير تساءلا عن حقيقة المهمة التي أسندها الطرفان إليه، فيما إذا كانت تحكيما أو مهمة أخرى في إطار استكمال العقد.

1- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص ص 42،43.



النظام القانوني لاتفاق التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي

تثير العقود الإدارية ذات الطابع الدولي العديد من الصعوبات بالنظر إلى التفاوت في المراكز القانونية للأطراف المتعاقدة، لكونها مبرمة بين الدولة أو أحد أجهزتها وبين شخص أجنبي، فالأولى هي شخص من أشخاص القانون العام ومن ثم فهي يتمتع بامتيازات استثنائية وسيادية لا يتمتع بها المتعاقد معها والذي يعد من أشخاص القانون الخاص.

والتفاوت الموجود في المراكز القانونية لطرفي العلاقة التعاقدية الدولية يضفي عليها نوعية خاصة وكذا استقلالية تؤدي إلى تمييزها عن غيرها من العقود الأخرى التي تبرم في إطار العلاقات التجارية الدولية، وهو ما دفع بالفقه إلى القول بأن وجود الدولة كطرف في هذه العقود يقتضي إخضاعها إلى نظام مختلف عن النظام الذي تخضع له العقود المبرمة في إطار العلاقات التجارية الدولية، بالنظر للتفاوت الموجود في المراكز القانونية للأطراف المتعاقدة وأيضا لوجود هذا النوع من العقود في حدود كل من القانون العام، والقانون الدولي الخاص، وكذا القانون الدولي العام، وهو ما يجعل من تحديد النظام القانوني الحاكم لمثل هذه العقود مسألة شائكة.

ولا يقف الأمر في مثل هذه العقود عند مسألة التفاوت في المراكز القانونية لأطراف العلاقة التعاقدية، بل يتعداه للتفاوت في المراكز بالنسبة لهذه الأطراف من الناحية الاقتصادية وهو ما لا يجعلها تقف على قدم المساواة، فالدولة بالرغم مما تتمتع به من سيادة غير أنها في غالب الأحيان توجد في مركز اقتصادي أضعف من المركز الذي تتمتع به الشركات الأجنبية المتعاقدة معها، وهو ما يدفع بهذه الدول للتشبث بإخضاع المنازعات التي تنشأ بينها وبين هذه الأخيرة لقضائها وقانونها الداخلي خشية منها لأن تكون لقمة صائغة أمام التفوق الاقتصادي لهذه الأخيرة، بينما يعمل الطرف الأجنبي على إبعاد هذا العقد من القانون العام، ليتمكن من الوقوف على قدم المساواة مع جهة الإدارة.

وبالرغم من الاعتراضات التي واجهت فكرة التحكيم في العقود الإدارية، إلا أن التغيرات والتطورات الاقتصادية والاجتماعية جعل اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي حتمية لفض مثل هذه المنازعة، لأجل ما تستلزمه خططتها التنموية كسياسة من شأنها العمل على تحفيز وتشجيع الاستثمارات الوطنية والأجنبية، بإتاحة وتهيئة المناخ المناسب الذي تتحقق فيه أوجه الضمان المختلفة ضد المخاطر السياسية والاقتصادية، وشرط التحكيم الذي يرمي إلى تسوية المنازعات التي تثور بمناسبة تنفيذ أو تفسير هذه العقود، يحتل مركزا بارزا في مجال الضمانات، لذا يشترط المستثمر إدراجه ضمن بنود العقد.

نتناول مفهوم العقد الإداري ذو الطابع الدولي، وإمكانية التحكيم في هذه العقود، على النحو التالي:

المبحث الأول: ماهية العقد الإداري ذو الطابع الدولي.

المبحث الثاني: إمكانية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي.

المبحث الأول:

ماهية العقد الإداري ذو الطابع الدولي

لموضوع التحكيم في مجال العقود الإدارية ذات الطابع الدولي أهمية بالغة مرجعها ما تتضمنه هذه العقود من شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، وتميز الأحكام وكذا القضاء الناظر في منازعاتها، وبالنظر لخصوصية العقود الإدارية بصفة عامة فإن إدراج شرط التحكيم في مثل هذه العقود سيجعلها تكتسب طابعا خاصا، وهو ما أدى لاختلاف الفقه في إجازة إدراج هذا الشرط في مثل هذه العقود بالنظر لما يترتب على ذلك من آثار.

سنقوم بإبراز كل من مفهوم العقد الإداري ذو الطابع الدولي، أساليب إبرامه وكذا الآثار المترتبة عليه ، وفق ما يلي:

المطلب الأول:

مفهوم العقد الإداري ذو الطابع الدولي

نقوم بدراسة مفهوم العقد الإداري ذو الطابع الدولي الذي يتم إبرامه من قبل أحد أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو تسييره مع استخدام وسائل القانون العام، وذلك بتضمين العقد شروطا استثنائيا غير مألوفة في القانون الخاص، ويخضع لنظام قانوني واحد بالرغم من اتصاله من خلال عناصره بأكثر من دولة، وذلك بخضوعه لقانون الدولة التي يتبعها الشخص المعنوي العام المتعاقد، مع ما يتضمنه من تحديد ما هو المقصود بهذا العقد.[1]

وسنبرز كل الشروط المتطلبة لاكتساب العقد الصفة الإدارية وكذا كيفية اكتسابه الطابع الدولي، ثم نبرز إجراءات إبرام العقود الإدارية ذات الطابع الدولي وما ترتبه من حقوق والتزامات في ذمة طرفيها، بالنظر لما لها من أهمية في اللجوء إلى التحكيم وهذا دائما بسبب عدم احترام أحد الطرفين لما يلقيه العقد على عاتقه من التزامات، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول:

[1]- عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط، 2003، ص 87.

تـــعريـــف الـــعقـــد الإداري ذو الـــطـــابع الـــــدولي

عرف Mc Nair العقد الإداري ذو الطابع الدولي بأنه:" عقد طويل المدة يبرم بين الحكومة من جانب، وبين شخص أجنبي يتمتع بالشخصية القانونية من جانب آخر، ويتعلق باستغلال الموارد الطبيعية ويتضمن شروطا غير مألوفة في العقود الداخلية مثل شرط الإعفاء الجمركي، ويخضع هذا العقد في بعض جوانبه للقانون العام، وفي بعض جوانبه للقانون الخاص."، غير أنه ليس كل عقد متعلق باستغلال الموارد الطبيعية يمكن أن يبرم مع متعاقد أجنبي ومثال ذلك استغلال مقالع الحجارة والمرامل لا يمكن أن يخصص إلا للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري لكون الرخصة التي تمنح لهذا الاستغلال تتم عن طريق المزايدة،[1] وهذه الأخيرة حسب القانون المتضمن قانون الصفقات العمومية تمنح الصفقة للمتعهد الذي يقدم الأقل ثمنا ولا يمكن تخص إلا المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري.[2]

عرفه الفقيه Piere Regli بأنه:" عقود طويلة المدة طرفاها هما الحكومة أو جهاز تابع لها من جهة وشخص أجنبي طبيعي أو اعتباري من جهة أخرى، وتتعلق هذه العقود باستثمارات ضخمة، وتتضمن شروطا مزايا غير مألوفة."، وفي قضية Sapphire تعرض المحكم Cavin لتعريف العقود الإدارية ذات الطابع الدولي على أنها:" عقد يبرم بين شركة وطنية تأخذ شكل المشروع العام، وشركة تجارية خاضعة للقانون المدني الأجنبي، ومحل هذا العقد لا ينصب على العمليات التجارية العادية، لأنه يلزم الشركة صاحبة الامتياز بالقيام باستثمارات ضخمة، وإقامة منشآت لها طابع الدوام، ويتضمن شروطا غير مألوفة مثل المعاملة الضريبية الخاصة للشركة المتعاقدة."

عرفها د. عبد الحكيم مصطفى بأنها:" عقود تبرم بين دولة من ناحية أو من يعمل لحسابها ومشروع خاص أجنبي، يكون موضوعها إما استغلال ثروة طبيعية أو إقامة منشأة صناعية بهدف التنمية لأجل طويل."، كما عرفها د. عصام الدين القصبي بأنها:" عقود تبرمها الدولة أو الأجهزة القانونية لها مع شخص من أشخاص القانون الخاص الأجنبي والتي تتعلق بمباشرة الأنشطة التي تدخل في إطار خطط التنمية الاقتصادية للبلاد."

---

[1]– المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 188/08، المؤرخ في 1 يوليو 2008، المتضمن كيفيات منح رخصة استغلال مقالع الحجارة والمرامل وتعليقها وسحبها، ج ر عدد 37.

[2]– المادة 33 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10، المؤرخ في 7 أكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 58.

عرفها د. محمد عبد العزيز بكر بأنها:" العقد المبرم بين الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها مع شخص أجنبي، بغرض إنشاء التزامات تعاقدية، قد تستخدم فيها الدولة سلطتها العامة أو لا تستخدمها."[1]

وعرف العقد الإداري ذو الطابع الدولي كذلك بأنه: " تلك الاتفاقات التي بواسطتها تتفق السلطات العامة مع الشركات الخاصة في إطار اقتصاديات متضافرة من أجل الحصول على مساعدتها في التخطيط أو مهام أخرى للسياسة الاقتصادية."[2]

بعد استعراضنا للتعريفات السابقة نتعرض لإبراز الشروط الواجبة التوافر في العقد ليكتسب الصفة الإدارية والدولية وذلك على النحو التالي:

أولا: الشروط الواجبة التوافر لاكتساب العقد الصفة الإدارية

يمكننا تقسيم هذه الشروط لقسمين: شروط شكلية وشروط موضوعية، وهي:

1. الشروط الشكلية الواجب توافرها لاكتساب العقد الصفة الإدارية

والمقصود بها أن يكون أحد أطراف العقد شخصا من أشخاص القانون العام،[3] سواء كان هذا الشخص العام الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة الإقليمية (الولاية والبلدية)، أو الأشخاص المصلحية أو المرفقية كالمؤسسات العامة ذات الطابع الإداري، وأشخاص عامة مهنية: كالنقابات والاتحادات المهنية والتي اعترف لها بالشخصية المعنوية.[4]

سنقوم ببيان المقصود بالدولة كطرف في العقد الإداري ذو الطابع الدولي، فهل تقتصر هذه الأخيرة على العقود التي تبرمها الدولة بواسطة من يمثلها؟ أم أنها تتسع لتشمل العقود التي تبرمها الأجهزة التابعة لها؟

أ)_ الدولة كطرف في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي

لا يثير تحديد الدولة كطرف في العقود المبرمة بينها وبين الأشخاص الأجنبية أية صعوبة إذا أبرمت العقد بنفسها بواسطة من يمثلها (رئيس الدولة، رئيس الوزراء، أحد الوزراء)، فالدولة

---

[1]– علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص ص 63،61.

[2]- Ibrahim Rèfaat Mohamed El-Béhérry, " Théorie Des Contrats Administratifs et Marchés Publics Internationaux", Thèse pour le Doctorat en Droit , Institut du Droit, de La Paix et Développement (I.D.P.D), Université de Nice Sophia-Antipolis, Nice, Mars 2004, p 28.

[3]- Nadine Poulet- Gibot Leclerc , Droit Administratif (Sources, moyens, contrôles), Bréal, Paris, 3 éme édition, 2007, p 130.

[4]- عصمت عبد الله الشيخ، المرجع السابق، ص 91.

- محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، 2007، ص 29.

-عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، المرجع السابق، ص ص 56،55.

- شطناوي علي خطار، الوجيز في القانون الإداري، دار وائل للنشر، الأردن، الطبعة الأولى، 2003، ص 689.

بوصفها أحد أشخاص القانون الدولي العام فمفهومها القانوني لا يحتاج لتوضيح،[1] لكن الصعوبة تظهر إذا كان الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة ليس هو الدولة وإنما جهاز تابع لها، وهنا يتم التساؤل هل اصطلاح عقود الدولة يتسع ليشمل هذا النوع من العقود أم لا؟ وللإجابة عن هذا التساؤل ظهر اتجاهين: اتجاه مضيق لنطاق عقود الدولة، واتجاه أخر موسع له، نتناولهما على النحو التالي:

***الاتجاه المضيق لعقود الدولة**

وفق هذا الاتجاه فإن مصطلح عقود الدولة يقتصر على العقود التي تقوم الدولة بإبرامها بنفسها من خلال من يمثلها، ووفق هذا الاتجاه عقود الدولة هي العقود التي تقوم الدولة بإبرامها مع طرف أجنبي، أما العقود التي يتم إبرامها من قبل الأجهزة التابعة لها فهي من عقود التجارة الدولية ومن ثم فهي تخرج من دائرة العقود الإدارية ذات الطابع الدولي.[2]

***الاتجاه الموسع لعقود الدولة**

ووفق هذا الاتجاه فإن مصطلح عقود الدولة يشمل علاوة على العقود التي تقوم الدولة بإبرامها بنفسها، العقود التي تقوم بإبرامها الأجهزة التابعة لها،[3] من أجل تأييد وجهة النظر الموسعة لعقود الدولة استند جانب من الفقه إلى نص المادة 35 من اتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدولي لحل النزاعات الناشئة عن الاستثمار والتي تنص على:" يختص المركز بنظر المنازعات القانونية الناشئة بين الدولة المتعاقدة أو هيئة عامة أو جهاز تابع للدولة تقوم الدولة بتحديده أمام المركز...الخ"،[4] فالمركز لا يختص فقط بالنظر في المنازعات التي تكون الدولة أحد أطرافها فقط، بل يتعداها لنظر المنازعات التي يكون أحد أطرافها هيئة عامة، أو جهاز تابع للدولة تقوم الدولة بتحديده أمام المركز.

نرى أن الاتجاه الموسع لفكرة عقود الدولة هو الاتجاه الراجح، لأن قصر عقود الدولة على تلك العقود التي تبرمها هذه الأخيرة بنفسها يؤدي لإغفال العديد من العقود وإن كانت هذه الأخيرة غير مبرمة من قبل الدولة إلا أنها مبرمة بعد أن عهدت لها الدولة القيام بهذه الوظيفة نيابة عنها ولتحقيق

---

[1]– Ibrahim Rèfaat Mohamed El-Béhérry, OP. Cit, p 54.

[2]– حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب (تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د ط، 2007، ص 37.

– محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، د ط، 2006، ص 69.

[3]– حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 38.

[4]– أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص 124.

– جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (القواعد، الإجراءات، الاتجاهات الحديثة)، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، د ط، 2001، ص ص 18،26.

أهدافها، وهذه الأخيرة محددة في أحكام تنظيم الصفقات العمومية والمتمثلة في: الإدارات العمومية، الهيئات الوطنية المستقلة، الولايات، البلديات، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، وأخيرا مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية.[1]

ب_ الأجهزة التابعة للدولة في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي

إن تحديد المقصود بالأجهزة التابعة للدولة في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي مسألة هامة وشائكة في الوقت ذاته، وقد تعددت المعايير التي استند إليها للقول بتبعية الجهاز المتعاقد للدولة، ومن ثم امتلاك العقد الذي يبرم وصف العقد الإداري ذو طابع دولي، وتعددت المعايير المقترحة بين معايير تقليدية وأخرى حديثة هي على النحو التالي:

***المعايير التقليدية المقترحة من أجل تحديد مدى تمتع المشروعات العامة بالحصانة القضائية**

تعددت المعايير المقترحة لتحديد مدى تمتع المشروعات العامة بالحصانة القضائية، فاستند بعض الفقه إلى الشخصية القانونية المستقلة وقالوا أن المشروع الذي لا يتمتع بهذه الأخيرة يعد مندمجا في شخص الدولة ومن ثم يتمتع بالحصانة القضائية ولا يخضع لولاية القضاء الوطني للدولة الأجنبية،[2] واستند البعض الآخر لفكرة كون المشروع مرفقا من مرافق الدولة للقول بالحصانة القضائية، وقالوا بأن المشروع العام التابع للدولة يتمتع بالحصانة بغض النظر عن مدى تمتعه بشخصية قانونية مستقلة،[3] واستند البعض الآخر لمعيار تحقيق المصلحة الوطنية للدولة للقول بالحصانة القضائية للمشروع، ووفقا لهذا الاتجاه فالمشروع لا يتمتع بالحصانة القضائية إلا إذا كان يخدم المصالح الأساسية للدولة،[4] واستند بعض الفقه للصفة التي يتعامل بها المشروع، و برز هذا الاتجاه في قضاء محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 3 نوفمبر 1952 في قضية الزوجين مارتن ضد البنك الاسباني.[5]

---

[1]– حدد المشرع الجزائري المؤسسات العمومية الخصوصية فيما يلي: المؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني، المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني، المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، المؤسسات العمومية الاقتصادية عندما تكلف هذه الأخيرة بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة.

راجع في هذا الصدد: المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10.

[2]– حفيظة السيد الحداد، القانون القضائي الخاص الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د ط، 1990، ص 189 وما بعدها.

– حسن طالبي، " خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، العدد الأول، 2008، ص 112.

[3]– حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص ص 47،46.

[4]– نفس المرجع، ص ص 52،51.

[5]– وتتمثل وقائع القضية في إصدار الجنرال فرانكو في 12 نوفمبر 1936 قرار يقضي بمصادرة النقود الاسبانية القادمة من الخارج لاسيما فرنسا ومبادلتها مقابل صكوك جديدة صالحة للتعامل بها في اسبانيا، واثر هذا القرار قام الزوجان مارتن بإيداع الأوراق المالية الاسبانية في مكتب الجمارك الاسباني وطالبا البنك الاسباني بإعطائهما الأوراق الجديدة القابلة للتعامل، ولجآ إلى المحاكم الفرنسية لمخاصمة البنك لعدم قيامه بمنحهما الأوراق النقدية، والذي فيه بالرغم من تمتع البنك بالشخصية القانونية المستقلة مما لا يمكنه من التمسك

وقد وجهت العديد من الانتقادات للمعايير التقليدية وهي:

- عجز هذه المعايير عن تقديم حل مقبول، فمثلا الأخذ بمعيار تمتع المشروع بالشخصية القانونية المستقلة قد يؤدي إلى اعتبار أحد العقود المبرمة بواسطة جهاز تابع للدولة لا يتمتع بالشخصية القانونية المستقلة من العقود الإدارية ذات الطابع الدولي.
- الاعتماد على طبيعة النشاط الذي قام به الجهاز التابع للدولة غير كاف، لأنه لا بد من التشدد في المعايير المتطلبة لإضفاء صفة الأجهزة التابعة للدولة على كل مشروع، وهو ما يؤدي بالضرورة إلى الجمع بين أكثر من معيار من أجل تكييفه على أنه جهاز تابع لها.[1]

***المعايير الحديثة المركبة كأساس لتحديد تبعية الأجهزة للدولة**

بالنظر لعجز المعايير التقليدية، ظهرت المعايير الحديثة والتي نتجت عنها أحكام قضائية وأراء فقهية، وهذه الأخيرة لا ترتكز على معيار واحد بل تعتمد على المزج بين أكثر من معيار، وهو ما تم الأخذ به في حكمين صادرين عن القضاء الفرنسي وهما حكم محكمة استئناف Rouen الصادر في 13 نوفمبر 1984، وحكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 21 يوليو 1987.[2]

ويتم اعتماد معيارين للتحقق من فكرة تبعية الجهاز، الأول وهو المعيار العضوي والثاني هو معيار طبيعة النشاط وسنتناول هاذين المعياريين على النحو التالي:

أ- المعيار العضوي

وفقا لهذا المعيار فإن القول بتبعية الجهاز المتعاقد للدولة واعتباره تابعا لها أو يتمتع باستقلال تام عنها يتم من خلال توافر مجموعة من العناصر المتضافرة والمتكاملة، والتي يتم استقراؤها من النظام الأساسي أو القرار أو القانون الذي أنشأ الجهاز المتعاقد مع الطرف الأجنبي، ويأتي في مقدمة هذه العناصر ملكية رأس مال الجهاز، كيفية إدارته، والأنظمة القانونية الحاكمة لتصرفاته ووسائل تمويلها.

ب- معيار طبيعة النشاط

يوجب هذا المعيار أن يكون الجهاز التابع للدولة قد تصرف بناء على توجيهات الدولة ولحسابها، وهو ما يفيد تبعية هذا الأخير لها على نحو قاطع، في حين لو كان هذا الجهاز قد

بالحصانة القضائية، فقد قررت محكمة النقض الفرنسية بأن هذا الأخير عند قيامه بعملية استبدال الأوراق المالية وفقا لشروط صارمة مفروضة من قبل الدولة الاسبانية فإن البنك هنا ما هو إلا ممثل للدولة الاسبانية ينفذ عمل من أعمال السلطة العامة.

راجع في هذا الصدد: حسن طالبي، المرجع السابق، ص ص 112،113.

[1]- حفيظة السيد الحداد، القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 185 وما بعدها.

[2]- للإطلاع على حيثيات الحكمين راجع: حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص ص 57،65.

تصرف باسمه ولحسابه الخاص أو لحساب الغير من الأشخاص وليس باسم الدولة فإن مسألة التبعية في مثل هذه الحالة تنتفي.[1]

2.الشروط الموضوعية الواجبة التوافر في العقد لاكتساب الصفة الإدارية

تتمثل الشروط الموضوعية الواجبة التوافر لاكتساب العقد الصفة الإدارية في تعلق العقد بتسيير مرفق عام وتضمن العقد شروطا غير مألوفة، والقضاء الإداري الفرنسي يتجه لعدم اعتبار احتواء العقد الإشارة إلى دفتر الشروط كافيا للقول بالصفة الإدارية للعقد، كما لا يعتبر خضوع عقد لقانون الصفقات العمومية بمثابة عقد إداري وهو ما أكدته محكمة التنازع الفرنسية في حكمها 5 جويلية 1999.[2]

أ) تعلق العقد بتسيير مرفق عام

لا يكفي وجود الإدارة طرفا في العقد للقول بالطبيعة الإدارية للعقد، بل يتعين أن يكون العقد متصلا بمرفق عام، والمتمثل وفقا للتعريف العضوي في:" منظمة عامة تنشئها السلطة الحاكمة، وتخضع في إدارتها لها وتتولى جزءا من مهامها وتهدف هذه المنظمة إلى أداء خدمات أو إشباع حاجات عامة." وركز التعريف الموضوعي للمرفق العام ركز على النشاط وعرف المرفق العام على أنه:" كل نشاط تباشره سلطة عامة أو تتولى تنظيمه أو الإشراف عليه بقصد الوفاء بحاجات ذات نفع عام."[3]

ب) تضمين العقد شروطا غير مألوفة

وهو الشرط الثالث لنكون بصدد عقد إداري، و ليس من الضروري احتواء العقد على أكثر من شرط استثنائي لكي يصبح عقدا إداريا فيكفي لإضفاء تلك الصفة على العقد أن يتوافر فيه شرط استثنائي واحد، ويرى البعض أن الشروط الاستثنائية قد لا تتضمن بالضرورة منح امتيازات للإدارة بل قد تنطوي على وضع قيود عليها إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك.[4]

ويقصد بالشروط الغير المألوفة في القانون الخاص تلك الشروط التي تمنح المتعاقد حقوقا أو تفرض عليه التزامات تخرج بطبيعتها عن نطاق الشروط التعاقدية في عقود القانون الخاص سواء

---

[1]– حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص ص 67، 69.

[2]– ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، مطابع حسناوي، الجزائر، الطبعة الثانية، 2007، ص 272.

[3]– علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص ص 66، 67.

–Patrick Janin, Méthodologie du droit administratif , Ellipses édition Marketing S.A, Paris, 2007, p 114.

[4]– عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، د ط، 2004، ص 33.

كانت مدنية أو تجارية،[1] كما تشمل الشروط التي تمنح الإدارة المتعاقدة صلاحيات تمكنها من الدفاع عن المصلحة

العامة،[2] وتأخذ هذه الشروط الاستثنائية صورا متعددة[3] قد يتضمنها العقد وقد تكون مقرر بموجب القانون واللوائح.[4]

ثانيا: اكتساب العقد الإداري الطابع الدولي

اختلف الفقه والقضاء في المعايير التي يكتسب بها العقد الصفة الدولية، فقد تبنى البعض المعيار القانوني في حين تبنى البعض الآخر المعيار الاقتصادي، وسنتعرض إلى هذه المعايير تباعا وذلك على النحو التالي:

1. المعيار القانوني لدولية العقد

وفقا لهذا المعيار يعد العقد دوليا إذا اتصل بأكثر من نظام قانوني واحد، أي إذا تضمن عنصرا أجنبيا واحدا على الأقل سواء كان هذا العنصر شخصيا كجنسية الأطراف المتعاقدة أم موضوعيا كمحل الإقامة أو مكان تنفيذ العقد أو مكان إبرامه،[5] غير أن أنصار هذا المعيار اختلفوا حول مدى فاعلية العناصر القانونية للرابطة العقدية وأثر كل منها على اتسام هذه الأخيرة بالطابع الدولي، مال

---

[1]– عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى، 2007، ص 61.
– Nadine Poulet- Gibot Leclerc, OP. Cit, p 133.

[2]– شطناوي علي خطار، المرجع السابق، ص 691.

[3]– وتتمثل هذه الصور في: **_ الشروط التي تتضمن امتيازات الإدارة:** بمقتضاها تحتفظ الإدارة بامتيازات استثنائية تخرج على مبدأ المساواة بين طرفي العقد، وتحمل المتعاقد معها التزامات تجعل من المراكز القانونية للطرفين غير متكافئة.

_ الشروط التي تخول المتعاقد مع الإدارة سلطات استثنائية في مواجهة الغير: معناه أنها تخول للمتعاقد الحق في ممارسة بعض مظاهر السلطة التي تمارسها الإدارة عادة، بالقدر الذي يستلزمه تنفيذ العقد، كحق جهة الإدارة في فسخ العقد بإرادتها المنفردة.

راجع في هذا الصدد: Nadine Poulet- Gibot Leclerc, OP, Cit, p 133

_ الشروط المتعلقة بالقانون العام: وهي تلك الشروط التي تخرج عن نطاق القانون الخاص، وفي العقود الإدارية ذات الطابع الدولي تنفرد بإمكانية تضمينها شرطا أو شروطا يكون للمتعاقد الأجنبي بمقتضاها امتياز أو أكثر في مواجهة الإدارة نفسها صاحبة السلطة العامة كحقه في فسخ العقد من تلقاء نفسه في حالة عدم قيام الإدارة بسداد مستحقاته لديها، دون أن تخرج هذه الشروط العقد من دائرة القانون العام ما دامت الامتيازات التي يقررها العقد لجهة الإدارة تفوق تلك المقررة للمتعاقد الأجنبي معها.

راجع في هذا الصدد: ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأزاريطة، د ط، 2004، ص 19.

- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، المرجع السابق، ص ص 63،65.

[4]– عصمت عبد الله الشيخ، المرجع السابق، ص ص 100،101.

[5]– محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د ط، 2006، ص 22.

- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 11.

- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 79.

– محمد وليد المصري، " العقد الدولي بين النظرة التقليدية والنظرة الحديثة"، مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الإمارات، العدد العشرون، يناير 2004، ص 7.

– هشام خالد، ماهية العقد الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، د ط، 2007، ص 97، هاشم خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي (نشأته، مباحثه، مصادره، طبيعته) دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د ط، 2006، ص ص 10،11.

– خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص ص 84/85.

-Salah Eldin Gamal Eldin, International Contracts and Arbitration, Dar El Fikre El Gamie, Sotter st, Alex, First Edition, 2007, pp 12/13.

- Ibrahim Rèfaat Mohamed El-Béhérry, OP. Cit, p 61.

الفقه التقليدي للتسوية بين العناصر القانونية للرابطة العقدية حيث أن تطرق الصفة الأجنبية لأي منها يؤدي لاكتساب العقد الطابع الدولي، ومن ثم فهذا يخول المتعاقدين حق اختيار القانون الذي يخضع له العقد.[1]

وعلى رغم وضوح هذا المعيار و سهولته العملية، إلا أنه تعرض للانتقاد من حيث أنه يتسم بالجمود ويؤدي لإعمال قواعد القانون الدولي الخاص لمجرد توافر الرابطة العقدية على عنصر أجنبي بغض النظر عن أهميته، وكذلك لكونه غير كاف لوحده لإقرار السمة الدولية للعقد لأن وجود العنصر الأجنبي قد يكون مجرد أمر عرضي، ولتفادي الانتقادات السالفة الذكر يشير الفقه الحديث إلى أن الجنسية الأجنبية للمتعاقد لا تعد عنصرا مؤثرا في العقد بصفة عامة، ويرون أن محل إبرام العقد ليس بالمعيار الكافي لإضفاء الطابع الدولي للعقد، وإن كان معيارا مؤثرا عند إسناد العقود من حيث الشكل، لأنه في الغالب ما يكون معيارا محايدا، ويرى الفقه بأن محل تنفيذ العقد واختلاف موطن المتعاقدين ولو اتحدا في الجنسية يعد من العناصر الحاسمة في العقد والمكسبة للطابع الدولي لأي عقد .[2]

2. المعيار الاقتصادي لدولية العقد

وبتطبيق هذا المعيار يعد العقد دوليا في الحالات التالية:

أ.الحالة الأولى في حالة ما إذا استتبع العقد عملية مد وجزر لرؤوس الأموال والخدمات بين الدول، ينتج عنها روابط تبادلية بينهم.[3]

ب: الحالة الثانية يعد العقد دوليا متى اتصل بمصالح التجارة الدولية اتصالا وثيقا.

ج: الحالة الثالثة يعد العقد دوليا إذا تعدى بآثاره وتبعاته خارج حدود الدولة، فخروج العناصر الاقتصادية للعقد من مجال الاقتصاد الوطني إلى مجال الاقتصاد الدولي هو الذي يؤخذ بعين الاعتبار عند تحديد دولية هذا العقد.[4]

---

[1]– هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د ط، 2007، ص ص 73، 74.
[2]– محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 161.
– هشام علي صادق، المرجع السابق، ص ص 74، 77.
– علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص ص 79،80.
– هشام خالد، المرجع السابق، ص 99.
[3]– محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 162.
[4]– خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 85،
–علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 81.

ومن خلال ما سبق يتبين أنه لا يوجد تعارض بين المعيارين القانوني والاقتصادي، فالرابطة العقدية التي يترتب عليها انتقال الأموال من دولة لأخرى والتي تتعلق بمصالح التجارة الدولية والتي يتحقق بموجبها المعيار الاقتصادي لدولية العقد، هي رابطة تتصل بأكثر من نظام قانوني واحد وهو ما يقضي بالضرورة توافر المعيار القانوني في ذات الوقت، غير أن العكس غير صحيح فقد تكتسب الرابطة العقدية الطابع الدولي وفقا للمعيار القانوني دون أن يؤدي ذلك لتوافر المعيار الاقتصادي.

وينوه الفقه في هذا الصدد بالصعوبة التي تكتنف هذا المعيار لاسيما في تحديد الفاصل بين الاقتصاد الوطني والاقتصاد الدولي في عالم تشابكت فيه المصالح الاقتصادية للدول، كما أن هذا المعيار يؤدي لاعتبار العقد دوليا وإن لم يظهر من خلال عناصره أي اتصال بأي نظام قانوني أجنبي، ومن جهة أخرى قد يكون العقد داخليا ولكنه يعتبر دوليا عندما يشكل جزءا من سلسلة عقود تتصل في مجموعها بمصالح التجارة الدولية وتحركها، وهو ما خلقه الاجتهاد الفرنسي تحت تسمية سلسلة العقود Chaine des contrats والتي لو نظرنا لكل عقد على حدا لاعتبر هذا العقد بأنه عقد داخلي، في حين لو أخذ بعين الاعتبار الرابطة الاقتصادية التي تجمع بين عقودها لاعتبرت جميعا عقدا واحدا يحقق مصالح التجارة الدولية.[1]

الفرع الثاني: نماذج لعقود إدارية ذات طابع دولي

لقد أدى التعاقد المتزايد بين الإدارة والأشخاص أو الشركات الأجنبية ونزول الدولة لسوق التجارة الدولية شأنها في ذلك شأن الأشخاص الخاصة، لإنكار وجود عقود إدارية ذات طابع دولي، واستندوا في ذلك لجملة من الأسانيد والمبررات التي سنتعرض لبيانها في المبحث الثاني من دراستنا، كما أن البعض قام بإنكار وجود مثل هذه العقود وقال أنها من قبيل عقود التجارة الدولية، بالنظر للتشابه الموجود بينها وبين عقود التجارة الدولية في السمة أو الطابع الدولي، غير أن هناك فرقا بين الاثنين وإن كانا يتفقان في الطابع الدولي، سنقوم ببيانه في دراستنا في هذا الفرع.

ولما كانت العقود الإدارية ذات الطابع الدولي حقيقة موجودة ومكرسة في الواقع العملي سنقوم بدراسة نموذجين عنها على سبيل المثال لا الحصر، وهما عقود الأشغال العامة الدولية، وعقود البوت وذلك على النحو التالي:

---

[1]– محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص ص 161،162.

أولا: مميزات العقود الإدارية الدولية عن عقود العلاقات التجارية الدولية

على الرغم من التشابه الموجود بين العقود الإدارية ذات الطابع الدولي وبين عقود التجارة الدولية في الطابع الدولي غير أن هناك العديد من الفروقات بينهما نوردها في النقاط التالية:

- العقود الإدارية ذات الطابع الدولي تتميز عن غيرها من العقود الأخرى التي يتم إبرامها في إطار العلاقات التجارية الدولية، بعدم التساوي في المراكز القانونية للأطراف المتعاقدة، فهناك الدولة والتي تعد شخصا سياديا يتمتع بسلطات واسعة سواء في إطار القانون الداخلي أو القانون الدولي العام، في حين أن الطرف الثاني المتعاقد معها وإن كان شخصا أجنبيا يتمتع بالقوة الاقتصادية والمالية غير أنه لا يتمتع بأية سيادة كما أنه لا يعد من أشخاص القانون الدولي العام.[1]
- تتميز العقود الإدارية ذات الطابع الدولي عن عقود التجارة الدولية بخصوصية الأسباب[2] التي دفعت إلى إبرامها وكذا تعدد الصور والأشكال التي تأخذها بالنظر للمحل الذي تتعلق به هذه الأخيرة، فالباعث للتعاقد في هذه الأخيرة هو تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية للدولة المتعاقدة، في حين أن السبب الذي يدفع بالشخص الأجنبي للتعاقد مع هذه الأخيرة هو تحقيق الأرباح ولكن ونظرا لتغير الظروف الاقتصادية والسياسية والاجتماعية للدول المتعاقدة تطور هذا الهدف إلى المساهمة في تحقيق الأهداف الاقتصادية للدولة المضيفة والحصول على الأرباح الناتجة عن تلك المساهمة.[3]
- تتميز العقود الإدارية ذات الطابع الدولي عن عقود التجارية الدولية باحتوائها على العديد من الشروط غير المعتاد توافرها في هذه الأخيرة، وحتى وإن تم إدراجها في العقود الدولية فإن الأسباب الداعية لوجودها في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي تختلف عن الأسباب التي تدعوا لتواجدها في العقود الدولية بصفة عامة، كشرط التحكيم المدرج في مثل هذه العقود والذي يهدف منه السرية والسرعة في الفصل وكذا التخصص المهني إلا أنا الدافع لإدراج هذا الشرط في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي له أسباب أخرى، منها: أن الدولة المتعاقدة على الرغم من كونها طرفا متعاقدا غير أنها طرف غير عادي بالنظر لما تتمتع به هذه الأخيرة من مزايا سيادية،[4] والتي تمكنها من الإخلال بالتوازن المالي للعقد بالإضافة إلى الإخلال بالحياد الذي يتوافر للسلطة القضائية فعلى

---

[1]– محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 13.
[2]– السبب في القانون الداخلي، هو الباعث الدافع على التعاقد. راجع في هذا الصدد: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 413.
[3]– حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، المرجع السابق، 171 وما بعدها.
[4]– محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 14.

الرغم من تمتع القضاء بالاستقلالية وكذا الحياد إلا أنه في النهاية قضاء غير محايد بالنسبة للنسبة لهذه العقود، وهو ما يجعل المتعاقدين الأجانب يدرجون هذا الشرط في مثل هذا النوع من العقود.

بالإضافة لما سبق فهناك سبب آخر لإدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية الدولية وهو أن الدولة وبما تتمتع به من حصانة قضائية تغل يد القضاء الوطني لأي دولة أخرى من النظر في المنازعات التي تكون الدولة طرفا فيها، ومن ثم فلو قام الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة برفع الدعوى أمام قضاء دولة أخرى فسوف يواجه بهذه العقبة والتي قد تؤدي في النهاية لإهدار الحقوق الخاصة له احتراما لحصانة الدولة.

- وتستمد العقود الإدارية ذات الطابع الدولي ذاتها كذلك من خلال النصوص المحددة لاختصاصها التشريعي (شرط الثبات وعدم المساس بالعقد) وهو ما سيجعل يد الدولة مغلولة فلا يمكنها المساس بالتوازن العقدي ومنعها من تغيير العقد بإرادتها المنفردة، ومن ناحية ثانية تأكيد عدم سريان أية تعديلات تجريها الدولة على قانونها الوطني، وهذه الشروط مألوفة في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي إلا أنه يمكن أن تتوافر هذه الأخيرة في عقود التجارة الدولية التي لا تكون الدولة طرفا فيها، فالأطراف لا تميل في العادة لتجميد القانون الأجنبي المختار والواجب التطبيق على التزاماتهم التعاقدية، فشرط الثبات التشريعي يعد كأصل عام شرطا غير معتاد في عقود التجارة الدولية التي لا تكون الدولة طرفا فيها، ليس هذا وحسب بل أن سبب إدراج هذا الشرط مختلف في كلا العقدين فسبب إدراج هذا الأخير في عقود التجارة الدولية هو قاعدة القانون الدولي الخاص والتي تعطي الحرية للأطراف المتعاقدة الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بينهم، في حين الهدف من هذين الشرطين في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي هو بالدرجة الأولى تجميد دور الدولة كسلطة تشريعية وكذا كطرف في العقد في نفس الوقت من تغيير القواعد القانونية النافذة عند إبرام العقد، وكذا التعهد بعد إصدار تشريعات تسري على العقد المبرم بينها وبين الطرف الأجنبي المتعاقد معها على نحو يؤدي للإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد والإضرار بالطرف الأجنبي.[1]

ثانيا:عقود الأشغال العامة الدولية

مما لا شك فيه أن عقود الأشغال العامة هي أحد أهم العقود الإدارية على وجه الإطلاق، ومتى لم تتطرق الصفة الأجنبية على النحو السابق بيانه لأحد عناصرها، فستكون هذه الأخيرة عقودا

---

[1]– حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص 320 وما بعدها.

داخلية، غير أنه وبالنظر للمتغيرات الاقتصادية الحديثة أصبح هذه الأخيرة عقودا ذات طابع دولي، تبرم بهدف إنشاء عقارات أو تشييد مشروعات البنية الأساسية تنفيذا لخطة التنمية وتحقيق الصالح العام.

ويترتب على الصفة الدولية للعقد العديد من الآثار سواء من حيث ما يضمنه الطرفان للعقد من شروط تتعلق بالثبات التشريعي Clause de Stabilisation وشروط ثبات العقد Clause 'intengebilite d وكذا شرط القانون الواجب التطبيق...الخ، وهي الوسائل الجديدة على فقه القانون العام، وذلك لحسم منازعات هذه العقود بعيدا عن قضاء الدولة توفيرا للوقت والنفقات، واستنادا لذلك نفى البعض من الفقه الصفة الإدارية عن هذه العقود في حين أن البعض الآخر أقر بصفة العقد الإداري لها، وسنتعرض لبيان أسانيد هذا الاتجاه وذلك على التالي:

***تعريف عقد الأشغال العامة**

عرف عقد الأشغال العامة بأنه:" اتفاق يتم بين الإدارة وشخص هو في الغالب أحد المقاولين، وذلك بتنفيذ عمل معين كالقيام ببناء أو ترميم أو صيانة مباني أو منشآت عقارية لحساب الإدارة وذلك من أجل المنفعة العامة مقابل مبلغ نقدي يدفع إليه حسب الأسس الموضحة في العقد."[1]

وما يلاحظ على هذا التعريف أنه قد أغفل عمليات أخرى تتم بموجب عقد الأشغال العامة وهي عمليات التأهيل والهدم لمنشأة سواء كان الهدم كليا أو جزئيا، ومن خلال التعريف السابق يمكننا استنتاج الشروط الواجبة التوافر لنكون بصدد عقد أشغال عامة وهي: أن ينصب العقد على عقار، أن يتم العمل لحساب شخص معنوي عام، وأن يهدف العقد لتحقيق المنفعة العامة،[2] وحتى نكون بصدد عقد أشغال عامة دولية يتعين توافر شرط آخر وهو صفة الدولية.

***مضمون الاختلاف حول الطبيعة القانونية لعقود الأشغال العامة الدولية**

أنكر بعض الفقه الصفة الإدارية عن عقد الأشغال العامة الدولية بالنظر لما تتضمنه هذه الأخيرة من شروط: كشرط الثبات التشريعي،[3] وشرط ثبات العقد والتي تؤدي إلى تقليص السلطات الاستثنائية الممنوحة لجهة الإدارة في عقودها الإدارية، وعلى العكس من ذلك فغيابها يؤدي لاستخدام الدولة لامتيازات العامة، والتي تتجلى في خضوع العقد للمتغيرات التشريعية في الدولة التي يتم فيها تنفيذ الأعمال بجانب خضوعه للشروط الاستثنائية الأخرى غير المألوفة في عقود

---

[1]- عصمت عبد الله الشيخ، المرجع السابق، ص 119.

[2]- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص ص 77، 78.

[3]- عرف شرط الثبات التشريعي على أنه:" الشرط الذي يمنع الدولة من التغيير لمصلحتها من الوضع القانوني بمعنى أن القانون الواجب التطبيق على العقد من الممكن أن يؤثر على النصوص التي تكفل المساواة بين الأطراف المتعاقدة ومثال ذلك تغيير النصوص التشريعية التي تؤدي إلى زيادة الضرائب أثناء تنفيذ عقد الأشغال الدولي لاسيما وأن هذا العقد من العقود طويلة المدة."

القانون الخاص، وإلى جانب هذه الشروط هناك شرط التحكيم والذي يؤمن إليه المستثمر الأجنبي والذي قد يستتبع تطبيق أحكام قانون أجنبي على العقد غير القانون الوطني للدولة المتعاقدة وهو ما قد يسعى إليه المتعاقد الأجنبي منذ البداية.[1]

بعد استعراضنا لمضمون الاختلاف حول الطبيعة القانونية لعقود الأشغال العامة الدولية يمكننا الوصول إلى نتيجة مفادها أن هذه العقود هي عقود إدارية متى توافرت الشروط السالفة الذكر، وباعتبار أنها تتطلب انتقال مستلزمات الإنشاء من معدات ومواد وخدمات والأموال[2] من دولة لأخرى فهي تكتسب الطابع الدولي، ولا يمكن إدراجها ضمن عقود القانون الخاص لأنها تتسم بذاتية خاصة تميزها عن بقية العقود المدنية الداخلية أو العقود الدولية الأخرى، وتنبع هذه الذاتية من الطبيعة الخاصة لأطراف هذا النوع من العقود الدولية، والعملية محل العقد،[3] كما أن هذا النوع من العقود (العقود الإدارية ذات الطابع الدولي) تحمل في طياتها شروطا جديدة دخيلة على مفهوم العقد الإداري التقليدي كشرط اللجوء للتحكيم كطريق لحل المنازعات التي تنشأ أو نشأت.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن الأشخاص الأجنبية التي تمارس نشاط البناء والتشييد يفضلون تسوية منازعاتهم تسوية داخلية على يد أشخاص على دراية بمقومات صناعة البناء والتشييد تستهدف في المقام الأول التوصل لحل توفيقي بين المصالح المتنازعة على أساس تجاري أو اقتصادي يكفل استمرار العلاقة ومن ثم إنجاز المشروع محل التعاقد، ويستعين الأطراف عادة بشروط تصدر عن هيئات متخصصة في هذا المجال على غرار الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين بالاشتراك مع الاتحاد الدولي للمباني والأشغال العامة والذي يسمى الآن بالاتحاد الدولي للمقاولين الأوروبيين للمباني والأشغال العامة، وقد لاقت شروط هذين الاتحادين التي تعرف باسم شروط فيديك FIDIC قبولا دوليا في معظم دول العالم.[4]

وإن استدعت طبيعة النزاع وظروفه طرحه على أجهزة التحكيم فإن نجاح هذا الطرح يعتمد لحد كبير على مراعاة النظام الذي يجرى من خلاله التحكيم لخصائص صناعة البناء والتشييد، وقد وضعت نماذج عقود الفيدك في طبعاتها المتتالية التحكيم الخطوة الأخيرة في سلسلة تسوية منازعاتها،[5] وحتى تتلافى الدولة المتعاقدة ما يمكن أن ينجر على تطبيق التحكيم من آثار سلبية

---

[1]– محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، د ط، 2003، ص ص 105،103.

[2]– أحمد شرف الدين، تسوية منازعات عقود الإنشاءات الدولية (نماذج عقود الفيدك)، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، 2005، ص 5.

[3]– محمود سمير الشرقاوي، "التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات"، مجلة إتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد الثالث، أفريل 1996، ص 1.

[4]– نفس المرجع، ص 1.

[5]– أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 56.

لاسيما في حالة ما إذ لم تصغ الاتفاقية بشكل دقيق مما يجعل قانون دولة أجنبية هو الواجب التطبيق والذي قد لا يتناسب مع طبيعة هذا النوع من العقود يتعين أن:

- مراعاة الدقة والواقعية في الدراسات الاقتصادية والفنية والمالية ودراسة جدوى المشروع قبل التعاقد.
- صياغة العقد بشكل دقيق وجعل الصياغة واضحة بعيدة عن الغموض الذي يشوب بنود العقد لاسيما فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، لتفادي تطبيق المحكمين للقواعد الدولية المتعارف عليها بين الدول المتحضرة أو قانون التجار.
- يتعين على الدولة أو الجهة الإدارية المتعاقدة وحفاظا على المال العام التحقق من مدى توافر الاعتماد المالي اللازم للإنفاق على المشروع قبل الإعلان عن المناقصة وعدم صرف مستحقات المقاولين مما يؤدي للتأخر في تنفيذ الأعمال المتفق عليها مما يلحق بالمال العام أبلغ الأضرار عندما يلجأ المتعاقد مع الدولة للتحكيم للمطالبة بالتعويض.

ثالثا: عقود البوت (B.O.T)

تقوم الدول بإبرام عقود لاستغلال وتسيير المرافق العامة أو لاستثمار الأموال العامة فيها تحت ما يسمى بعقود الامتياز، وعلى الرغم من أنه لم يكن هناك ثمة شك حول الطبيعة الإدارية لعقود الامتياز، إلا أنه وبسبب الالتجاء إلى أدوات أو نظم قانونية حديثة ومتنوعة، على رأسها ما يسمى بعقود البوت والتي تعد آلية لتطوير مشاريع البنية التحتية باستخدام مبادرة القطاع الخاص وتمويله،[1] نشأ خلاف فقهي بين فقهاء القانون العام وفقهاء القانون الخاص حول طبيعتها القانونية، فهل هذه العقود من العقود الإدارية أم لا؟ وقبل التعرض لبحث الطبيعة القانونية لعقود البوت، نتعرض لتعريف هذه العقود ومعرفة الصور التي تأخذها وذلك على النحو التالي:

1. تعريف عقود البوت B.O.T

مصطلح البوت B.O.T كلمة إنجليزية هي اختصار لثلاث كلمات، البناء Build، التشغيل Operate، ونقل الملكية Transfer،[2] وقد أوردت العديد من التعريفات الفقهية لعقود البوت، فعرفت

---

[1]– حسان خضر، "خصخصة البنية التحتية"، سلسلة جسور التنمية، المعهد العربي للتخطيط، الكويت، العدد الثامن عشر، يونيو– حزيران 2003، السنة الثانية، ص 15.

- Ibrahim Rèfaat Mohamed El-Béhérry, OP. Cit, p 111.

[2]– جيهان حسن سيد أحمد، عقود البوت B.O.T وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط، 2002، ص 14.

- طارق بن هلال البوسعيدي، " الطبيعة القانونية لعقود الامتياز والاستثمار التي تبرمها الدولة وفقا لنظام B.O.T"، مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الإمارات، العدد السادس والثلاثين، أكتوبر 2008، ص 46.

- نعيم مغبغب، عقود مقاولات البناء والأشغال الخاصة والعامة، دون دار نشر، دون بلد نشر، الطبعة الثالثة، 2001، ص486.

- مصطفى عبد المحسن الحبشى، الوجيز في عقود البوت B.O.T، دار الكتب القانونية، مصر، د ط، 2008، ص 9.

بأنها:" تلك المشاريع التي تمنحها الدولة بواسطة الامتياز إلى القطاع الخاص، بهدف إقامة البناء وتشغيل المشروع العائد للبنية التحتية، وذلك لحساب القطاع العام وإدارته ضمن مهلة محددة، بعدها تنتقل ملكية المشروع إلى شخص من القانون العام." [1]، وعرفتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري بأنه: " شكل من أشكال تمويل المشاريع تمنح الحكومة بموجبه مجموعة من المستثمرين يطلق عليهم الاتحاد المالي للمشروع امتيازا لبناء مشروع معين وتشغيله وإدارته واستغلاله تجاريا لعدد من السنين تكون كافية لاسترداد تكاليف البناء إلى جانب تحقيق أرباح مناسبة من عوائد التشغيل واستغلاله تجاريا أو من المزايا الأخرى الممنوحة لهم ضمن عقد الامتياز وفي نهاية الامتياز تنتقل ملكية المشروع إلى الحكومة دون أي تكلفة أو مقابل تكلفة مناسبة يكون قد تم الاتفاق عليها مسبقا أثناء التفاوض على منح امتياز المشروع."[2]

وعرفت عقود البوت بأنها:" تعهد من الحكومة أو إحدى الوزارات أو الهيئات التابعة لها إلى مؤسسة خاصة محلية أو أجنبية أو مشتركة بإتباع وسائل معينة لإنشاء مرفق عام، لإشباع حاجة عامة كالطرق والمطارات والموانئ ومحطات الطاقة وغيرها، وذلك على حساب هذه المؤسسة، ثم تقوم هذه المؤسسة بإدارة المرفق وتؤدي الخدمة للجمهور المستفيد من ذلك لمدة معينة بشروط محددة تحت إشراف الجهة المتعاقدة ورقابتها، لتقوم بعد ذلك بنقل أصول المرفق أو المشروع للدولة أو الجهة المتعاقدة في حالة جيدة قابلة لاستمرار تشغيله."[3]

وقد اختلف الفقه في الطبيعة القانونية لعقود البوت بين قائل بأنها عقود إدارية وقائل بأنها عقود من عقود القانون الخاص واستند كل منهم لجملة من الأسانيد وهي:

2. أسانيد الاتجاهات المختلفة في تكييف عقود البوت

(أ) أسانيد الاتجاه الأول: عقود البوت عقود إدارية

عقود البوت وفق فقهاء القانون العام في حقيقتها عقود التزام المرافق العامة، ولما كانت هذه الأخيرة عقودا إدارية لتوافرها على أركان العقود الإدارية فبالنتيجة عقود البوت عقود إدارية، واستند أنصار هذا الاتجاه لتوافر أركان العقود الإدارية،[4] وذهب فقه القانون الإداري إلى أن

---

[1]– نعيم مغبغب، المرجع السابق، ص 486.

[2]– عصام أحمد البهجى، عقود البوت B.O.T الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، د ط، 2008، ص 13.

[3]– أمل نجاح البشبيشي، " نظام البناء والتشغيل والتحويل"، سلسلة جسر التنمية، المعهد العربي للتخطيط، الكويت، العدد الخامس والثلاثون، نوفمبر 2004، السنة الثالثة، ص 4.

[4]– طارق بن هلال البوسعيدي، المرجع السابق، ص59.

– مصطفى عبد المحسن الحبشى، المرجع السابق، ص ص 27،28.

– عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، المرجع السابق، ص ص 156،157.

– جيهان حسن سيد أحمد، المرجع السابق، ص ص 38،39.

مشاريع البوت عبارة عن صيغة مخففة عن أسلوب الامتياز التقليدي على مستوى الإدارة المتعاقدة، إذ أن إدارة المرافق العامة والاحتكارات السابقة كانت تتم بادئ الأمر من قبل الدولة وهيئاتها العامة بصورة مباشرة ثم أصبحت إدارتها تتم تدريجيا بواسطة المؤسسات العامة ذات الطابع التجاري على حساب المستثمر، إلا أنه في الوقت الحاضر أصبح ممكنا أن يشمل امتياز البوت تمويل إنشاء المرافق العامة الإدارية كأعمال البنى التحتية ومن ثم تشغيلها وإدارتها من قبل المستثمرين لقاء الانتفاع بمردودها، وفيما يتعلق بطريقة دفع المقابل فإن تعويض المتعاقد بطريقة البوت يتم من خلال رسوم تفرض على مستخدمي المشروع أو المنتفعين به.[1]

وقد تعرض هذا الاتجاه لجملة من الانتقادات نوردها وهي:

- تكون ملكية المشروع خلال فترة الترخيص خالصة للقطاع الخاص، الذي يمول المشروع ويقوم بتصميمه وتشييده وتشغيله وصيانته مع تحمل كافة المخاطر الناجمة عن ذلك، وهو ما لا يتحقق في نظام الالتزام حيث تظل الملكية للدولة.[2]
- اختلاف المناخ القانوني لعقود البوت باعتبارها ذات منشأ أنجلوسكسوني لا يقر بوجود عقود إدارية متميزة عن العقود العادية.[3]

(ب) أسانيد الاتجاه الثاني: عقود البوت من قبيل عقود القانون الخاص

- لابد من توافر قدر كبير من المرونة في العقد لكي يسمح بتحقيق التلاؤم بين مصالح الدولة والمستثمر وهذا غير موجود في العقد الإداري.
- قبول الدولة لكل من شرطي الثبات التشريعي وثبات العقد يعد إنكارا لخاصية متوافرة في العقود الإدارية والمتمثلة في عدم المساواة بين الأطراف.
- متطلبات التجارة الدولية تفرض على الدولة النزول للتعاقد شأنها في ذلك شأن الأشخاص العادية، من أجل جذب الاستثمار ودفع عجلة التنمية الاقتصادية.
- الدولة لا تملك سلطات استثنائية إلا بالقدر الذي تسمح به الشروط التعاقدية.[4]

وقد تعرض هذا الاتجاه لجملة من الانتقادات نوردها وهي:

---

[1]- موسى خليل متري، " تمويل المشاريع (هيكلة الـ B.O.T)" ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة دمشق، دمشق، المجلد الحادي والعشرين، العدد الثاني، 2005، ص ص 130،129.

[2]- محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، د ط، 2003، ص 61.

[3]- موسى خليل متري، المرجع السابق، ص 130.

[4]- أحمد رشاد محمود سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية (B.O.T) في مجال العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط، 2004، ص ص 194،195.

- طارق بن هلال البوسعيدي، المرجع السابق، ص ص 60،61.

- الدولة في عقود البوت تقوم بعملية الرقابة على المشروع وهو ما يؤكد على اعتبار العقد من عقود القانون العام.[1]
- عقود البوت من عقود القانون العام نظرا لأحقية الدولة في إنهاء العقد دون الرجوع للطرف الأخر.
- أحقية الدولة في الحلول محل شركة المشروع في تشغيل المرفق يؤكد على أن هذه العقود من عقود القانون العام.
- خلو نصوص القانون المدني من الإشارة لعقود البوت بمفهومها الحديث ومن ثم تخرج هذه العقود من عقود القانون المدني.[2]

مما سبق نرى أن عقود البوت هي عقود إدارية ذات طابع دولي، لأنها تتوافر على أركان العقد الإداري، متى كان العقد مبرم بين الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها،[3] ومتى كانت شركة المشروع شركة أجنبية موقعها خارج الجزائر فهي تكتسب الطابع الدولي وفقا للمعيار القانوني، ولو قمنا بتطبيق المعيار الاقتصادي فهي تكتسب الطابع الدولي على أساس أنه في عقود البوت توجد حركة للأموال عبر الحدود، هذا فيما يتعلق بالعقد المبرم بين الدولة وبين شركة المشروع (عقد الالتزام) وهو العقد الرئيسي في عقود البوت، وهذا راجع لكون عقود البوت تشتمل على جملة من العقود التي تؤدي في مجموعها إلى نجاح المشروع[4] ولكل عقد نظام قانوني خاص به، وهو ما يصعب من وضع قاعدة عامة تقضي بكون هذا الأخير عقدا مدنيا أو عقدا إداريا.

وبحسب الكتيب التعريفي الصادر عن KPMG فإن الاستثمارات في الجزائر في شكل نظام البناء-التشغيل والتحويل والتي يضمن فيها صاحب الامتياز تمويل الاستثمار بالمشاركة في رأس المال ليست منتشرة بالقدر الكافي،[5] غير أن النصوص التنظيمية التي أصدرها المشرع على غرار الأمر رقم 04/08 والذي تضمن شروط وكيفيات منح الامتياز والتنازل عن الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية،[6] تدل على أن الاستثمار في شكل نظام

---

[1]- رياض دهال، حسن الحاج، " حول طرق الخصخصة"، سلسلة أوراق عمل، المعهد العربي للتخطيط، الكويت، دون ذكر العدد، 1998، ص 7.

[2]– عصام أحمد البهجى، المرجع السابق، ص ص 102،103.

[3]– غير أنه ليس هناك ما يمنع من إبرام عقود البوت بين قطاع خاص وشركة مشروع وفي هذه الحالة يكون العقد عقدا مدنيا.
راجع في هذا الصدد: مصطفى عبد المحسن الحبشى، المرجع السابق، ص 19.

[4]– أمل نجاح البشبيشي، المرجع السابق، ص ص 5،6.

[5]– KPMG،" دليل الاستثمار في الجزائر"، ص 56.
http://www.ambalgdamas.com/dz/algimages/pdf/Investirar.pdf

[6]– الأمر رقم 04/08 المؤرخ في 1 سبتمبر 2008، المتضمن تحديد شروط وكيفيات منح الامتياز والتنازل عن الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج ر عدد 49، الموافق عليه بمقتضى القانون رقم 20/08 المؤرخ في 23 نوفمبر 2008، ج ر عدد 66.

نظام B.O.T ستتطور، كما ستظهر عقود أخرى تشابه عقود البوت وهي عقود البناء والتشغيل وتجديد الامتياز B.O.R (Build, Operate, Renewal a Conession) والذي يتم فيه بناء المشروع وتشغيله للفترة الزمنية المتفق عليها وغالبا ما يترتب على ذلك استمرار المنافع من المشروع وزيادة عدد المتعاملين مع المشروع وزيادة الرسوم المفروضة وبهذا قد تدخل الدولة في مفاوضات جديدة مع المستثمر لحصوله على فترة زمنية أخرى وذلك لتجديد عقد الامتياز.[1]

المطلب الثاني:

أساليب إبرام العقود الإدارية ذات الطابع الدولي وآثاره

سنقوم ببيان الأساليب المختلفة لإبرام العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، مبرزين مختلف القواعد التي تحكمها والتي تتمتع بذاتية خاصة، وترجع هذه الخصوصية لإلزام المشرع لجهة الإدارة بإتباع إجراءات معينة عند تعاقدها، وتقييد حريتها في اختيار المتعامل المتعاقد معها، ويأخذ التعاقد هنا شكلين أساسيين وهما أسلوب المناقصة وكذا أسلوب التراضي البسيط،ثم نتعرض لدراسة مختلف الآثار المترتبة على إبرامها، فالعقد الإداري ذو الطابع الدولي كغيره من العقود يرتب جملة من الحقوق والالتزامات في ذمة طرفي العقد، الإخلال بأحد هذه الالتزامات أو المساس بأحد هذه الحقوق يؤدي لإعمال شرط التحكيم للفصل في المنازعة الناشئة، وهذا ما سنقوم ببيانه على النحو التالي:

الفرع الأول:

أساليب إبرام العقود الإدارية ذات الطابع الدولي

يتم إبرام العقود الإدارية ذات الطابع الدولي بطريقتين إحداهما تمثل القاعدة العامة في حين تعد الثانية استثناء يتم اللجوء إليها في حالات حددها المشرع في قانون الصفقات العمومية، وهما على الترتيب طريقة المناقصة وطريقة التراضي البسيط، وسنتناول الأحكام المختلفة للطريقتين على النحو التالي:

أولا: طريقة المناقصة

---

[1]- عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 24.

- أمل نجاح البشيشي، المرجع السابق، ص 7



خصص المشرع الجزائري لهذا الأسلوب العديد من المواد في كل قوانين الصفقات العمومية لكون أسلوب المناقصة هو القاعدة العامة في مجال التعاقد بالنسبة للإدارات العمومية،[1] وقد عرفت أحكام المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المناقصة بقولها:" المناقصة هي إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض"،[2] وإذا أرادت جهة الإدارة التعاقد مع المشروع الأجنبي فإن ذلك سيكون بطريقتي المناقصة العامة أو المناقصة المحدودة،[3] وتمر بعدد من المراحل ابتداء بمرحلة الإعلان وصولا لمرحلة الاعتماد.

أ) الإعلان عن المناقصة

باستقراء أحكام المادة 45 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 نجد بأن المشرع قد ألزم جهة الإدارة إلى الإعلان الصحفي كلما كان تعاقدها بطريقة المناقصة المفتوحة أو المحدودة...الخ، وهذا من أجل تجسيد مبدأ المنافسة وكذا العلنية في الصفقة، كما حدد المشرع الجزائري البيانات الواجبة التوافر في هذا الإعلان وهي بيانات إلزامية في نص المادة 46.

وقد نص المشرع على أن الإعلان يكون محررا باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل كما يتم نشره إجباريا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي وعلى الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني،[4] ولم يشرع الجزائري على الإطلاق للنشر الإلكتروني رغم أهميته من الناحية العملية.

ب) مرحلة إيداع العروض

وعرفت العطاءات بأنها:" العروض التي يتقدم بها الأشخاص في الصفقة والتي يتبين من خلالها الوصف الفني لما يستطيع المتقدم القيام يه وفقا للمواصفات المطروحة في الصفقة، وكذلك تحديد السعر الذي يقترحه والذي يرتضي على أساسه إبرام العقد فيما لو رست عليه الصفقة".[5] ينبغي أن يتم تقديم العروض خلال المدة المحددة من قبل المصلحة المتعاقدة، من أول يوم صدور الإعلان عن المناقصة في اليوميات الوطنية، وأعطى المشرع السلطة التقديرية للإدارة في اختيار

---

[1]– المادة 25 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10.
[2]– المادة 26 من نفس المرسوم.
[3]- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 127.
[4]- المادة 1/49 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10.
[5]- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 117.



الأجل،[1] غير أنه قيدها بعناصر معينة في تحديدها مثل تعقيد موضوع الصفقة وكذا المدة التقديرية اللازمة لتحضير العروض وإيصال التعهدات،[2] وتشتمل التعهدات على عرضين عرض تقني وعرض مالي، يوضع كل منهما في ظرف مستقل ومغلف ومختوم يبين في كل منهما مرجع المناقصة وموضوعها، ويتضمنان عبارة "تقني" أو "مالي" ويوضعان في ظرف واحد يحمل عبارة "لا يفتح- مناقصة رقم..." وحدد الوثائق التي يتضمنها كل عرض بالتفصيل.[3]

ج) مرحلة فحص العطاءات

تختص المصلحة المتعاقدة باختيار المتعاقد مع مراعاة الأحكام المتعلقة برقابة الصفقات العمومية، وما يهمنا في هذا الصدد هو مرحلة الرقابة الداخلية والتي تحدث في إطارها لجنة دائمة لفتح الأظرفة، تضطلع بجملة من المهام حددها في قانون الصفقات العمومية،[4] وتقوم اللجنة الثانية (لجنة تقييم العروض) بتحليل العروض، وبدائل العروض عند الاقتضاء من أجل إبراز الاقتراح أو الاقتراحات التي ينبغي تقديمها للهيئات المعنية، كما تقوم بإقصاء العروض غير المطابقة لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط.[5]

د) مرحلة إرساء الصفقة

تم اعتماد المنح المؤقت لأول مرة بموجب أحكام المرسوم الرئاسي رقم 250/02 في نص المادة 43 منه، وأوجب المشرع الجزائري في تنظيم الصفقات العمومية الجديد الإعلان عنه في نفس الجرائد التي نشر فيها إعلان الصفقة متى كان ذلك ممكنا مع تحديد السعر وآجال الإنجاز وكل العناصر التي سمحت باختيار صاحب الصفقة،[6] كما يمكن إعلان مناقصات الولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري الموضوعة تحت وصايتها والتي تتضمن صفقات أشغال

---

[1]- ويرى الدكتور د.عمار بوضياف أنه ولتفادي أية خروقات قد تقع كان من المستحسن أن يحدد النص القانوني أجلا أدنى ينبغي مراعاته وعدم النزول عنه، نفس المرجع، ص 117.

[2]– المادة 50، المرسوم الرئاسي رقم 236/10.

[3]- المادة 51 من نفس المرسوم.

[4]– حددتها المادة 121 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 بـــ:

- التثبت صحة العروض على سجل خاص
- إعداد قائمة المتعهدين حسب ترتيب تاريخ وصول أظرفة عروضهم مع توضيح محتوى ومبالغ المقترحات والتخفيضات المحتملة.
- إعداد وصف مفصل للوثائق التي يتكون منها كل عرض
- تحرير محضر الجلسة موقع من قبل جميع الأعضاء الحاضرين، والذي يجب أن يتضمن التحفظات المحتملة المقدمة من قبل أعضاء اللجنة.

دعوة المتعهدين عند الاقتضاء كتابيا لاستكمال عروضهم التقنية بالوثائق الناقصة المطلوبة باستثناء التصريح بالاكتتاب وكفالة التعهد عندما يكون منصوصا عليها.

[5]– المادة 125 من نفس المرسوم.

[6]– المادة 2/49 من نفس المرسوم.

أو لوازم ودراسات أو خدمات يساوي مبلغها تبعا لتقدير إداري على التوالي، خمسين مليون دج، أو يقل عنها وعشرين مليون دج، أو يقل عنها أن تكون محل إشهار محلي.[1]

ه) مرحلة اعتماد الصفقة

وهي المرحلة الأخيرة لأنه لابد من اعتماد المناقصة ومباشرة إجراءات التعاقد لإضفاء الطابع النهائي والرسمي على الصفقة، فالمنح المؤقت على الرغم من فوائده إلا أنه يظل كما وصفه المرسوم الرئاسي منح مؤقت، ونصت المادة 8 على أن الصفقات العمومية لا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة.[2]

ثانيا: طريقة التراضي

عرف المشرع التراضي بأنه:" إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة"،[3] ويأخذ هذا الأخير صورتين وما يهمنا في هذا الصدد هو التراضي البسيط والذي نص على أنه قاعدة استثنائية لإبرام العقود لا يمكن اعتمادها إلا في الحالات التي يحددها هذا المرسوم.[4]

ونص المشرع الجزائري صراحة على أن الصفقات المبرمة وفق إجراء التراضي البسيط لا تخضع لأحكام المادة 24 من المرسوم الرئاسي رقم 98/11 المؤرخ في 1 مارس 2011 والتي

---

[1]– يكون الإشهار المحلي حسب الكيفيات الآتية:
– نشر إعلان المناقصة في يوميتين محليتين أو جهويتين.
– إلصاق إعلان المناقصة بالمقرات المعنية: للولاية، لكافة بلديات الولاية، لغرف التجارة والصناعة والحرف والفلاحة، للمديرية التقنية المعنية في الولاية. المادة 4/49 من نفس المرسوم.

[2] – وتتمثل هذه السلطات في: – الوزير بالنسبة لصفقات الدولة – مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة.– الوالي فيما يخص صفقات الولاية – رئيس م. ش.ب فيما يخص صفقات البلدية.– المدير العام أو المدير فيما يخص صفقات المؤسسة العمومية الوطنية والمحلية ذات الطابع الإداري. – المدير العام أو مدير المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري – مدير مركز البحث والتنمية.– مدير المؤسسة العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي=

= والتكنولوجي. – مدير المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني – الرئيس المدير العام أو المدير العام للمؤسسة العمومية الاقتصادية.

ويمكن لكل سلطة من هذه السلطات أن تفوض صلاحياتها في هذا المجال إلى المسؤولين المكلفين بأي حال بتحضير الصفقات وتنفيذها.

[3]– المادة 22 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10.

[4]– وحددت المادة 43 من نفس المرسوم هذه الحالات فيما يلي:
–عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل متعاقد وحيد يحتل وضعية احتكارية أو ينفرد بامتلاك الطريقة التكنولوجية التي اختارتها المصلحة المتعاقدة.
– في حالات الاستعجال الملح المعلل بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان ولا يسعه التكيف مع آجال المناقصة، بشرط أنه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة التنبؤ بالظروف المسببة لحالات الاستعجال وأن لا تكون نتيجة لمناورات للمماطلة من طرفها.
– في حالة تموين مستعجل مخصص لضمان سير الاقتصاد أو توفير حاجات السكان الأساسية.
– عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أولوية وذي أهمية وطنية. وفي هذه الحالة يخضع اللجوء إلى هذا النوع الاستثنائي لإبرام الصفقات للموافقة المسبقة لمجلس الوزراء.
– عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية، وتحدد هذه الأخيرة بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المعني.
– عندما يتعلق الأمر بترقية الأداة الوطنية العمومية للإنتاج، وهنا يتعين الموافقة المسبقة لمجلس الوزراء.

تناولت ما يجب أن تتضمنه دفاتر شروط المناقصات الدولية بالنسبة للمتعهدين الأجانب من الالتزام بالاستثمار وذلك في نفس ميدان النشاط موضوع الصفقة مع مؤسسة أو مؤسسات خاضعة للقانون الجزائري يحوز الأغلبية في رأسمالها الاجتماعي جزائريون مقيمون، في حين أنه في الصفقات المبرمة وفق إجراء التراضي بعد الاستشارة باستثناء الصفقات الخاصة بالمؤسسات الوطنية السيادية أخضعها لأحكام المادة 24 السالفة الذكر.[1]

وما يهمنا في دراستنا العقود التي تبرم بأحد الطريقتين السالفتي الذكر مع المتعاملين الأجانب والتي عرفها أحكام هذا المرسوم بأنها المؤسسات الأجنبية غير الكائنة في الجزائر والتي تقدم ضمانات ذات طابع حكومي وكذا ضمانات حسن التنفيذ.[2]

الفرع الثاني:

الآثار المترتبة على العقود الإدارية ذات الطابع الدولي

تتميز العقود الإدارية ذات الطابع الدولي عن غيرها من العقود الأخرى كونها مرتبطة بالمرافق العامة، وتسمو فيها المصلحة العامة على المصلحة الفردية الخاصة، لذا فمن حق جهة الإدارة أن تقوم بالإشراف والتوجيه على تنفيذ العقد وتقوم بتعديل العقد بما يتفق مع مصالح المرفق العام والذي أبرم من أجله العقد الإداري، وتتميز هذه العقود الإدارية ذات الطابع الدولي عن تلك التي يتم إبرامها مع متعاقد وطني في كون هذا الأخير له الحق في اشتراط الثبات التشريعي للعقد، وفي مقابل ذلك يقع على عاتقه جملة من الالتزامات منها تنفيذ العقد وفقا للمعايير الدولية، وتدريب العمالة المحلية وآثار العقد ما هو إلا جملة من الحقوق والالتزامات المتقابلة على عاتق الطرفين المتعاقدين نتعرض لها على النحو التالي:

أولا: حقوق والتزامات جهة الإدارة

يترتب على إبرام العقود الإدارية ذات الطابع الدولي مجموعة من الحقوق والالتزامات تقع على عاتق جهة الإدارة، ومن هذه الحقوق حق الإشراف والتوجيه وحق التعديل بالإرادة المنفردة،

---

[1] – المادة 3 من المرسوم الرئاسي رقم 98/11 المؤرخ في 1 مارس 2011، المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي رقم 236/10 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 14.

[2]- وتتمثل الضمانات الواردة في النص أعلاه فيما يلي :

الضمانات ذات الصبغة الحكومة التي تهم المؤسسات الاجنبية هي:

– الأحكام التي تندرج في إطار استعمال القرض الناتج عن عقود حكومية مشتركة.

– الضمانات الحكومية التي تستخدم مساهمة الهيئات المصرفية أو هيآت التأمين ذات الصبغة العمومية أو شبه العمومية.

– الضمانات الملائمة لحسن التنفيذ: ومنها الضمانات التي تحصل عليها المصلحة المتعاقدة، لاسيما في الميدان المالي، وهي الضمانات النقدية التي تغطيها كفالة مصرفية يصدرها بنك خاضع للقانون الجزائري يشملها ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى.

راجع في هذا الصدد: المادتين: 94، 95 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10.

وحق إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، ويقع على عاتقها جملة من الالتزامات ومنها إزالة المعوقات التي تعترض المشروع الأجنبي، وسنقوم ببيان هذه الحقوق والالتزامات على النحو التالي:

1. حقوق جهة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها: ومن جملة هذه الحقوق ما يلي:

أ) **حق الرقابة (الإشراف والتوجيه)**

يقتصر مفهوم الرقابة في المفهوم الضيق على صلاحية الإشراف في حين أنه في المفهوم الواسع يشمل أيضا صلاحية التوجيه، وتعد هذه الصلاحية حقا ثابتا لجهة الإدارة ولو لم يتضمنه العقد الإداري بنص صريح لكونها صلاحية متعلقة بالنظام العام لا يمكن للإدارة المتعاقدة التنازل عنها، ومن ثم تعد النصوص الواردة في العقود الإدارية كاشفة عن هذه الصلاحية وليست بالمنشئة لها،[1] و هناك قيود ترد على هذا الحق تتمثل فيما يلي:

القيد الأول: وهو أن تصدر القرارات الإدارية الخاصة بالرقابة في حدود مبدأ المشروعية، ومن ثم فإن القرار الذي لا يستهدف تسيير المرفق العام بانتظام واطراد يكون مشوبا بعيب الانحراف بالسلطة.

القيد الثاني: ويتمثل في أنه يتعين أن لا يترتب على ممارسة الرقابة تعديل جوهري في طبيعة التزامات المستثمر الأجنبي.[2]

ب) حق التعديل

تتسم العقود الإدارية المبرمة مع المستثمرين الأجانب بطول مدة نسبيا، والتي يمكن أن تطرأ خلالها تغيرات سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، وحتى يتسنى لجهة الإدارة مواكبة هذه التطورات والحفاظ على سير المرافق العامة بانتظام واطراد فإنها تشترط ضرورة التفاوض والمراجعة كل فترة زمنية أو تنص صراحة على حقها في تعديل العقد بالإرادة المنفردة،[3] وفي هذا الصدد أثير تساؤل في حالة ما إذا لم يوجد هذا الشرط فهل لجهة الإدارة الحق في التعديل؟ وإجابة عن هذا التساؤل انقسم الفقه الفرنسي لاتجاهين:

*** الاتجاه الأول يرى عدم جواز التعديل بالإرادة المنفردة**

---

[1]– شطناوي علي خطار، المرجع السابق، ص ص 714،715.
– محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص ص 214،215.
[2]– علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 142.
[3]– نفس المرجع، ص 143.



وفق هذا الاتجاه فإن فكرة تعديل العقد بالإرادة المنفردة من جانب الإدارة فكرة زائفة من ابتداع الفقهاء، ولم تتأيد بقضاء من مجلس الدولة الفرنسي،[1] وأن جهة الإدارة لا تستطيع تعديل العقد بالإرادة المنفردة إلا إذا كان هناك نص في العقد يتيح ذلك، وانتقد هذا الاتجاه على أساس أنه اتجاه متطرف ينكر طبيعة العقد الإداري، ويقع في تناقض مع نفسه حيث يقر لجهة الإدارة بسلطة التعديل متى نص عليها العقد ومن المسلم به بأن الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية هي التي تعطي للإدارة سلطة التعديل بالإرادة المنفردة دون حاجة للنص عليها صراحة.[2]

الاتجاه الثاني يرى بأنه يجوز التعديل بالإرادة المنفردة

وهو الاتجاه الراجح فقها وقضاء لأن الإدارة تملك صلاحية التعديل بالإرادة المنفردة، ويرون بأن كل عملية إدارية هي عملية احتمالية بمعنى أنه يمكن تعديلها لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة، وقد أكد هذه السلطة مجلس الدولة الفرنسي دون أن يشترط النص على هذا الحق صراحة في العقد.[3]

وسلطة الإدارة في التعديل ليست بالمطلقة بل تمارس في ظل ضوابط دقيقة،[4] وتجد سلطة التعديل أساساها القانوني في التشريع الجزائري في أحكام المادة 103 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10.

ج)سلطة توقيع الجزاء

وتعد هذه الأخيرة أحد امتيازات الإدارة من أجل ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد، وتقوم بممارسة هذه السلطة متى ثبت لها إهمال أو تقصير في تنفيذ العقد من قبل المتعاقد معها، ويمكن تصنيف هذه الجزاءات لنوعين:

---

[1]– شطناوي علي خطار، المرجع السابق، ص 716.

[2]– علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 144.

[3]- شطناوي علي خطار، المرجع السابق، ص 716.

– علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص ص 145/144.

– حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية في التطبيق العملي (المبادئ والأسس العامة)، منشأة المعارف، الإسكندرية، د ط، د س، ص ص 213/212.

[4]- وتتمثل هذه الضوابط فيما يلي:

– أن لا يتعدى التعديل موضوع العقد: لا يجوز لجهة الإدارة أن تتخذ سلطة التعديل ذريعة أو مطية لتغيير موضوع العقد وإرهاق المتعاقد معها، ومن ثم لا تستطيع الإدارة التعديل على نحو يغير موضوع العقد وإلا كنا أمام العقد جديد.

– أن يستند التعديل لأسباب موضوعية: أي لابد أن يستند التعديل الذي تجريه الإدارة لعوامل تدفعها لذلك بهدف ضمان حسن سير المرافق العامة وتلبية الخدمة العامة للجمهور على أحسن وجه.

– أن يصدر قرار التعديل في حدود قواعد المشروعية: الوسيلة التي تلجأ جهة الإدارة بواسطتها للتعديل هي القرار الإداري والذي تعلن بموجبه عن نيتها في تعديل الصفقة العمومية، وهنا يتعين أن يكون هذا الأخير متوافرا على كافة أركان القرار الإداري ليكون مشروعا.

راجع في هذا الصدد: عمار بوضياف، المرجع السابق، ص ص 147/146.

*** الجزاءات المالية**

وتأخذ صورتين: صورة الغرامات أو مصادرة مبالغ الضمان، بالنسبة للغرامات فبالرجوع إلى أحكام المادة 9 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 نجدها بأن تنص على أنه يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات المتعاقدة عليها في الآجال المقررة أو تنفيذها غير مطابق فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به، وقد تصل هذه الأخيرة إلى حد 20% من مبلغ الصفقة،[1] أما بالنسبة لمصادرة مبلغ الضمان: فيمكننا القول بأن قانون الصفقات العمومية أوجب على المصلحة المتعاقدة أن تحرص على إيجاد الضمانات الضرورية التي تضمن وجودها في وضعية مالية حسنة بما يكفل في الأخير حسن تنفيذ هذه الأخيرة، ولا يتسنى ذلك إلا بفرض ضمانات مالية ككفالة حسن التنفيذ وتتراوح هذه الأخيرة بين 5٪ و 10٪ من مبلغ الصفقة حسب طبيعة وأهمية الخدمات الواجب تنفيذها ، وبالنسبة للصفقات التي لا تبلغ حدود اختصاص اللجان الوطنية للصفقات يحدد مبلغ كفالة حسن التنفيذ بين 1 % و 5% من مبلغ الصفقة.[2]

د) سلطة إنهاء العقد

قد يتضمن العقد أو يتم النص في القوانين أو اللوائح على حق الإرادة في إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، وقد أوجب المشرع الجزائري توجيه إعذار للمتعامل المتعاقد بهدف الوفاء بالتزاماته خلال مدة معينة، وفي حالة عدم تدارك المتعاقد لتقصيره خلال الأجل المحدد في الإعذار يمكن لجهة الإدارة أن تفسخ العقد من جانب واحد، ولا يمكن الاعتراض على هذا القرار عند تطبيقها البنود التعاقدية في الضمان والملاحقات الرامية لإصلاح الضرر الذي لحقها بسبب سوء التصرف من المتعاقد معها.[3]

ولكي يكون الإنهاء مشروعا لابد أن يتوافر على جملة من الشروط وهي على النحو التالي:

الشرط الأول: أن يكون الإنهاء بغية تحقيق مصلحة المرفق العامة، أو المصلحة العامة.

الشرط الثاني:عدم انحراف جهة الإدارة بالسلطة التقديرية،لأنه يتعين أن تراعي الإجراءات المنصوص عليها وأن لا تتحرف في استعمال تلك السلطة، ومن أمثلة الانحراف استهداف جهة الإدارة تحقيق مصلحة مالية فقط.[4]

---

[1]– المادة 4/24 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10.

[2]– المادة 100 من نفس المرسوم.

[3]– المادة 112 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10.

[4]– علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص ص 153،154.

2. التزامات جهة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها

يقع على عاتق جهة الإدارة العديد من الالتزامات نوردها على النحو التالي:

أ) الالتزام بمساعدة المتعاقد الأجنبي وإزالة المعوقات التي تعترضه: ينبغي على جهة الإدارة المتعاقدة تقديم كافة التسهيلات للمتعاقد الأجنبي والتي من شأنها مساعدته في إتمام عمله.

ب) التزام جهة الإدارة بتقديم الحماية الكافية للمستثمر الأجنبي: تلتزم جهة الإدارة بتقديم الحماية الكافية للمستثمر الأجنبي، ومصدر هذا الالتزام هو اتفاق الطرفين في العقد المبرم بينهما أو قوانين الدولة المضيفة التي تشجع على الاستثمار.

ج) التزام جهة الإدارة بمبدأ حسن النية: على جهة الإدارة أن تلتزم بمبدأ حسن النية، وإلا تعرضت لفقدان حقوقها إذا ما لجأ الطرف الآخر للتحكيم ولعل أبرز مثال على ذلك هو قضية AMCO ضد حكومة أندونسيا وتتلخص وقائع القضية في حصول شركة AMCO وشركتان أخريين بالحق في الاستثمار في هذه الأخيرة وذلك بإقامة فندق وإدارته لمدة 30 سنة وذلك في سنة 1968، وهو ما تم بالفعل غير أنه وفي سنة 1980 قامت حكومة إندونيسيا بالاستيلاء على الفندق عن طريق إجراء عسكري مسلح وسحبت الاستثمار من الشركات الثلاثة، وهو ما دفع بشركة AMCO للجوء للتحكيم والمطالبة بالتعويض وهنا أرجعت الحكومة الاندونيسية سبب السحب لعدم قيام هذه الشركات بالحد الأدنى من الاستثمار، وانتهت محكمة التحكيم إلى أن الظروف المحيطة باتخاذ القرار من قبل السلطات الإندونيسية تجعل التصرف غير مشروع، وأن القرار كان مشوبا بسوء النية ولم تتعرض المحكمة لمشكلة عدم كفاية الاستثمار.[1]

ثانيا: حقوق والتزامات المتعاقد الأجنبي

ينشأ عن العقود الإدارية ذات الطابع الدولي مجموعة من الحقوق والالتزامات للمتعاقد الأجنبي في مواجهة الإدارة المتعاقد، ومنها على الخصوص الحق في الحصول على المقابل النقدي، والحق في التوازن المالي للعقد، ويقع على عاتقه جملة من الالتزامات تتمثل أساسا في قيامه بتنفيذ الالتزامات التي يرتبها العقد شخصيا وفي المواعيد المحددة وفقا للشروط والمواصفات المتفق عليها، وأن يقوم بالتنفيذ وفقا لأفضل المعايير الدولية السائدة...الخ، وسنتناولها على النحو التالي:

1. حقوق المتعاقد الأجنبي في مواجهة الإدارة المتعاقدة

---

[1]- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص ص 154،159.



باعتبار أن العقد الإداري ذو الطابع الدولي له ارتباط أو اتصال بالمرفق العام، فكان لذلك الأثر البالغ في تمتع جهة الإدارة المتعاقدة بسلطات واسعة في مواجهة المستثمر الأجنبي معها، وفي مقابل هذه السلطات يتمتع المستثمر الأجنبي في مواجهة جهة الإدارة بجملة من الحقوق وهي:

أ) الحق في الحصول على المقابل النقدي

إن الهدف الذي يتوخاه المستثمر الأجنبي في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي هو تحقيق الربح نظير الأعمال التي يقوم بها لجهة الإدارة، ويأخذ المقابل المادي صورا متعددة منها: شكل الثمن في عقود الإدارة العامة، أما في عقود الامتياز فيكون في صورة رسم يفرضه الملتزم على المنتفعين وفقا لما اتفق عليه في العقد المبرم بينهما، والشروط التي تتعلق بتحديد المقابل النقدي هي شروط تعاقدية ومن ثم لا يمكن لجهة الإدارة أن تعدل فيها.

- **الثمن:** الأصل في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي يتم تحديد الثمن بشكل واضح ودقيق بعيدا عن أي غموض أو لبس، غير أن أمر ورود لبس في هذا الأخير وارد،[1] والقاعدة أنه يستحق المقابل بعد تنفيذه لما التزم به، غير أن الإدارة قد تقوم بدفع جزءا من هذا المقابل مقدما أو أثناء التنفيذ، لاسيما إذا كان التنفيذ يتطلب كثيرا من النفقات ومتسعا من الوقت لمساعدة المتعاقد معها على أداء التزاماته.[2]
- **الرسم:** وهو المقابل الذي يحصل عليه المتعاقد مع جهة الإدارة في عقود الامتياز ويقوم بتحصيله من المنتفعين، وهو من الشروط اللائحية التي تستطيع الإدارة أن تعدلها بحسب ما تقتضيه مصلحة المرفق العام.[3]

ب) الحق في التوازن المالي للعقد

هذا الأخير من المبادئ الأساسية في نظرية العقد الإداري، تقيم ارتباطا وتناسبا بين حقوق المتعاقد والتزاماته، وترد في العقود الإدارية لاعتبارين أساسيين هما: العدالة وكفالة سير المرافق العامة بانتظام واطراد،[4] وقد ينجم أثناء تنفيذ العقد أحداث من شأنها أن تؤدي إلى إرهاق المتعامل المتعاقد معها ومن ثم التأثير على مركزه المالي، وقد ظهرت فكرة التوازن المالي للعقد في فرنسا

[1]- وكمثال على ذلك يمكن الرجوع لحكم التحكيم بين شركة قطاع عام إفريقية وشركة أوروبية للأعمال الميكانيكية الكهربائية مشار إليه في: علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 163.

[2]– ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص 133.

– حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 303.

[3]– جابر جاد نصار، الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط، 2000، ص 234.

[4]– محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص 290.



في 1910/3/11 في قضية العربات الكهربائية،[1] والاعتراف للمتعاقد بحقه في التوازن المالي يدخل إما تحت نظرية فعل الأمير أو نظرية الظروف الطارئة ونتناولهما على النحو التالي:

ب _ 1: نظرية فعل الأمير: ويقصد بنظرية الأمير:" كل إجراء تتخذه السلطات العامة ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد أو في الالتزامات التي ينص عليها العقد، مما يطلق عليه بصفة عامة المخاطر الإدارية" [2] وما يمكننا ملاحظته على هذا التعريف إغفاله كون هذه الزيادة تكون دون خطأ من جهة الإدارة، كما أن التعريف أغفل النص على التزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المتضرر عن ما لحقه من أضرار بما يعيد التوازن المالي للعقد.

ومن ثم يمكننا تعريف نظرية الأمير على أنها كل عمل صادر عن السلطة الإدارية المتعاقدة دون خطأ من جانبها، ينجر عنه إضرار بمركز المتعاقد معها، يؤدي إلى التزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض هذا الأخير عن كافة الأضرار اللاحقة به، بما يعيد التوازن المالي للعقد.

وتجد نظرية فعل الأمير أساسها القانوني في التشريع الجزائري في أحكام نص المادة 115 من تشريع الصفقات العمومية. [3]

ب _ 2: نظرية الظروف الطارئة: هي نظرية قضائية كان لمجلس الدولة الفضل في ظهورها بمناسبة فصله في قضية الإنارة لمدينة بوردو، والمقصود بهذه النظرية أنه إذا طرأت أثناء تنفيذ العقد الإداري ظروف لم تكن متوقعة عند إبرامه قلبت اقتصادياته، وجعل تنفيذ العقد أثقل عبئا، وليس مستحيلا وهو ما يجعل من المتعاقد يتحمل كلفة أكثر ما يحمله خسارة تتجاوز الخسارة المألوفة العادية، وهذت يمنح المتعاقد المتضرر المطالبة بالتعويض عن خسارته وهنا تعوضه الإدارة جزئيا.

ويرتب تطبيق هذه النظرية أثرين أولهما التزام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذه للعقد، لأن الظروف الطارئة لا تعفيه من التزامه وإن كانت تجعل التنفيذ مرهقا غير أنه ليس بالمستحيل، ويتمثل الأثر الثاني في تعويض المتعاقد، فنظرية الظروف الطارئة تعطي للمتعاقد الحق في الحصول على مساعدة الإدارة من أجل المواصلة في تنفيذ العقد من أجل الحفاظ على سير المرفق العام بانتظام، ولهذا يتعين على الإدارة تعويض المتعاقد معها وهذا التعويض جزئي ، لأن نظرية

---

[1]– عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 166.

[2]– محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص 291.

[3]– حيث تنص المادة 115 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 على:" تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل.

غير أنه يجب على المصلحة المتعاقدة، دون المساس بتطبيق هذه الأحكام، أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ هذه الصفقات كلما سمح هذا الحل بما يلي:

– إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين..."

الظروف الطارئة تقوم على أساس جوهري وهو توزيع أعباء الخسارة الفادحة المترتبة على هذا الظرف الطارئ بين المتعاقدين (الإدارة والمتعامل المتعاقد)، وهنا مكمن الاختلاف بين هذه النظرية وسابقتها والتي يكون فيها التعويض كليا.[1]

بـ_ 3: نظرية الظروف المادية غير المتوقعة: وتعتبر هذه النظرية من التطبيقات القضائية التي أرسى دعائمها مجلس الدولة الفرنسي،[2] وتبدو أهمية هذه النظرية في عقود الأشغال العامة، ومفاد هذه الأخيرة أن المتعاقد وعند تنفيذه للعقد قد تصادفه صعوبات مادية استثنائية لم تكن في حساب المتعاقدين وتقديريهما عند إبرام العقد، فيجعل ذلك العقد أكثر وطأة على المتعاقد، ولذلك ومن باب العدالة أن يتم تعويض هذا الأخير، وهنا يكون **التعويض كاملا.**

ويترتب على توافر الشروط السالفة الذكر حق المتعاقد – مع التزامه في الاستمرار في التنفيذ – في التعويض الكامل عن تحمله نفقات إضافية لمواجهة تلك الصعوبات. [3]

إلى جانب الحقوق السالفة الذكر يتمتع المتعاقد الأجنبي مع جهة الإدارة في العقود الإدارية ذات

الطابع الدولي بالعديد من المزايا تضمنها الأمر المتضمن تطوير الاستثمار.[4]

2.التزامات المتعاقد في مواجهة الإدارة:

---

[1]- محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص ص 305،306.
– مارسو لونغ، بروسبير قيل، وآخرون، القرارات الكبرى في القضاء الإداري، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى، 2009، ص ص 198،206.

[2]- ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص 141.

[3]- حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص ص 338،339.
– محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص 312.
– ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص ص 136،138.

[4]- زيادة على الحوافز الجبائية وشبه الجبائية والجمركية المنصوص عليها في القانون العام، تستفيد الاستثمارات المحددة في المادتين 1،2 أعلاه مما يأتي:
– الإعفاء من الحقوق الجمركية فيما يخص السلع غير المستثناة والمستوردة والتي تدخل مباشرة في إنجاز الاستثمار.
– الإعفاء من الرسم على القيمة المضافة فيما يخص السلع والخدمات غير المستثناة المستوردة أو المقتناة محليا التي تدخل مباشرة في إنجاز الاستثمار.
– الإعفاء من دفع حق نقل الملكية بعوض عن كل المقتنيات العقارية التي تمت في إطار الاستثمار المعني.
– تستفيد بعنوان الاستغلال ولمدة 3 سنوات بعد معاينة المشروع في النشاط الذي تعده المصالح الجبائية بطلب من المستثمر من:
* الإعفاء من الضريبة على أرباح الشركات.
* الإعفاء من الرسم على النشاط المهني.
– بالإضافة للمزايا السابقة هناك مزايا خاصة بالاستثمارات التي يتم إنجازها في المناطق التي تتطلب تنميتها مساهمة خاصة من الدولة، وكذا =

يلتزم المتعاقد مع جهة الإدارة بتنفيذ جميع التزاماته التعاقدية وفقا للشروط التي تم إيرادها في العقد، وأن يقوم بتنفيذها شخصيا فلا يتنازل عن العقد للغير إلا وفقا لشروط محددة، وأن يتم التنفيذ في المواعيد المتفق عليها، وأن يلتزم أثناء التنفيذ بمبدأ حسن النية، وسنقوم ببيان الالتزامات الملقاة على عاتق المتعاقد وذلك على النحو التالي:

أ. التزام المتعاقد مع جهة الإدارة بالتنفيذ الشخصي

لما كان العقد الإداري ذا صلة بالمرفق العام، فإن الإدارة تراعي اعتبارات خاصة فيمن يتعاقد معها، من حيث الكفاءة والقدرة على التنفيذ،[1] لذلك يتعين على هذا الأخير أن يقوم بالتنفيذ الشخصي للعقد، كقاعدة عامة لكن يجوز التنازل عن العقد للغير وذلك بشروط معينة، ويجوز له التعاقد من الباطن.

أ_1: التنازل عن العقد: يقصد به هو تنازل المتعاقد عن كل الالتزامات والحقوق لشخص أخر، يحل محله في التنفيذ بشكل كلي ولكي يكون هذا التنازل صحيحا يتعين توافر جملة من الشروط وهي:

- موافقة جهة الإدارة على التنازل كتابة.
- أن يكون المتعاقد مع جهة الإدارة قد أوفى بكل التزاماته الناجمة عن العقد لغاية تقديم طلب التنازل.
- أن تقدم الشركة المتنازل إليها دليلا لجهة الإدارة يعكس قدراتها المالية والفنية.
- أن تشتمل وثيقة التنازل نصوصا تقر صراحة التزام المتعاقد المتنازل إليه بكافة الشروط الواردة في العقد وما يكون قد أدخل عليه من تعديلات أو إضافات حتى تاريخ طلب التنازل.

= الاستثمارات ذات الأهمية الخاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني، لاسيما عندما تستعمل تكنولوجيات خاصة من شأنها أن تحافظ على البيئة وتحمي الموارد الطبيعية، وتدخر الطاقة وتفضي إلى تنمية مستديمة وتتمثل هذه المزايا فيما يلي:

– مزايا بعنوان إنجاز الاستثمار: وتتمثل في الإعفاء من دفع حقوق نقل الملكية بعوض فيما يخص كل المقتنيات العقارية التي تتم في إطار الاستثمار، وكذا تطبيق حق التسجيل بنسبة مخفضة قدرها 2.٪ فيما يخص العقود التأسيسية للشركات والزيادات في رأس المال، وكذا تكفل الدولة جزئيا أو كليا بالمصاريف بعد تقييمها من الوكالة، فيما يخص الأشغال المتعلقة بالمنشآت الأساسية الضرورية لإنجاز الاستثمار، وكذلك الإعفاء من الرسم على القيمة المضافة فيما يخص السلع والخدمات غير المستثناة من المزايا والتي تدخل مباشرة في إنجاز الاستثمار سواء كانت مستوردة أو مقتناة من السوق المحلية، وكذلك الإعفاء من الحقوق الجمركية فيما يخص السلع المستوردة وغير المستثناة من المزايا والتي تدخل مباشرة في إنجاز الاستثمار.

– مزايا بعد معاينة انطلاق الاستغلال: وتتمثل هذه المزايا فيما يلي أولا الإعفاء ولمدة 10 سنوات من النشاط الفعلي من الضريبة على أرباح الشركات، ومن الرسم على النشاط المهني، ثانيا لإعفاء ولمدة 10 سنوات ابتداء من تاريخ الاقتناء من الرسم العقاري على الملكيات العقارية التي تدخل في إطار الاستثمار، أخيرا منح مزايا إضافية من شأنها أن تحسن و/أو تسهل الاستثمار. راجع في هذا الصدد: المواد 1، 9، 10 من الأمر رقم 08/06 المؤرخ في 15 يوليو 2006، المعدل والمتمم للأمر رقم 03/01 المؤرخ في 20 أوت 2001، المتضمن تطوير الاستثمار، ج ر عدد 47، الموافق عليه بمقتضى القانون رقم 17/06 المؤرخ في 14 نوفمبر 2006، ج ر عدد 72.

[1]- وهو ما يعكسه نص المشرع الجزائري في قانون الصفقات العمومية عند نصه صراحة على عدم إمكانية تخصيص الصفقة إلا لمؤسسة يعتقد أنها قادرة على تنفيذها، بغض النظر عن طريقة التعاقد، وهنا يتعين على المصلحة المتعاقدة التأكد من قدرات المتعامل المتعاقد التقنية والمالية والتجارية، راجع في هذا الصدد المادة 35 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10.

وفي حالة موافقة الإدارة المتعاقدة على هذا التنازل يحل المتعاقد الجديد محل المتعاقد الأصلي في تنفيذ الالتزامات، وتعد هذه الموافقة بمثابة عقد جديد بين الإدارة والمتنازل إليه، ويصبح هو المسؤول الوحيد أمامها ما لم ينص على غير ذلك.[1]

أ_2: التعاقد من الباطن: يقصد به أن يحل المتعاقد مع الإدارة غيره في تنفيذ بعض أجزاء العقد، وهنا مكمن الاختلاف بينه وبين التنازل الذي يحل فيه المتنازل له محل المتعاقد الأصلي في تنفيذ العقد كليا،[2] و يلاحظ أن هناك العديد من الظروف التي تدعو جهة الإدارة للموافقة على الأخذ بهذا الأسلوب، بالنظر للتقدم العلمي والفني والتخصص الدقيق في شتى المجالات، لذلك أصبح تنفيذ أحد المشروعات العامة يتطلب التعاون بين العديد من الشركات المتخصصة لإنجازه على أكمل وجه، مثال ذلك مشروع مترو الأنفاق أو بناء مطار جديد بنظام **B.O.T** فلإنجاز هكذا مشاريع يكون أمام جهة الإدارة أحد الطريقين:

الأول: وهو أن تعمل على إبرام العديد من العقود لتنفيذ مشروع واحد مع عدة شركات، وهذا فيه تكلفة من الناحية المالية إلى جانب أنه يحتاج لوقت طويل.

الثاني: وهو أن يعمل على التعاقد مع متعاقد واحد يكون مسؤولا أمامها عن تنفيذ المشروع وتعطيه سلطة التعاقد من الباطن وهذا هو الأسلوب الأكثر شيوعا في تنفيذ العقود الإدارية ذات الطابع الدولي.

وفي التعاقد من الباطن يظل المتعاقد الأصلي هو المسؤول وحده عن تنفيذ كافة الالتزامات التي ينص عليها العقد الأصلي، لأن المتعاقد من الباطن لا يحل محل المتعاقد الأصلي في التنفيذ، كما أنه لا يصبح طرفا في العقد، ومن ثم فالأثر الوحيد الذي يترتب على موافقة الإدارة على التعاقد من الباطن هو جعل هذا الأخير مشروعا،[3] وفي حالة ما إذا تم التنازل أو التعاقد من الباطن دون موافقة الإدارة فذلك التعاقد لا يكون نافذا في مواجهة الإدارة، ويظل المتعاقد الأصلي وحده المسؤول عن التنفيذ، بالإضافة إلى ما يترتب على ذلك من مسؤولية عقدية في حق المتعاقد مع الإدارة تلزمه بالتعويض عما يسببه ذلك التصرف من أضرار.[4]

ب) الالتزام بتنفيذ العقد في المواعيد المتفق عليها

---

[1]- حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص ص 356،359.
– محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص 277.
– علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص ص 177،179.
[2]- حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 356.
[3]- محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص ص 179،180.
[4]- حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 360.

يقع على عاتق المتعاقد الأجنبي التزام بتنفيذ العقد وفقا لما اشتمل عليه من شروط، وخلال الآجال المحددة،[1] وذلك لكون الصفقة العمومية صلة بالخدمة العامة وكذا بحسن سير المرفق العام،[2] ففي حالة ما إذا كان تأخر المتعاقد الأجنبي بسبب فعله فإنه يترتب على ذلك حق جهة الإدارة في التعويض، وقد أكد قضاء التحكيم ذلك، كما يعطي للإدارة الحق في الفسخ الجزائي، وقد يكون تأخر المتعاقد الأجنبي في التنفيذ بسبب فعل الإدارة فإن هذا التأخر يكون مبررا كعدم قيام الإدارة بتسليم مواقع العمل، وهو ما أكده قضاء التحكيم.[3]

ج) الالتزام بتنفيذ العقد وفقا للشروط المتفق عليها في العقد

يتعين على المتعاقد الأجنبي تنفيذ العقد وفقا للشروط التي تم الاتفاق عليها في العقد، والتي في إحدى الصورتين التاليتين:

الصورة الأولى: تحدد فيها طريقة التنفيذ بدقة هنا يجب على المتعاقد الالتزام بالشروط والمواصفات المتفق عليها، وإلا ترتبت مسؤوليته.

الصورة الثانية: الاتفاق على تنفيذ العقد وفقا لأفضل المعايير الدولية: وفيها يتفق الطرفان على تنفيذ العقد وفقا لأفضل المعايير الدولية، وهو ما يثير العديد من المشاكل لعدم إمكانية تحديد هذه الأخيرة بدقة.

د) التزام المتعاقد الأجنبي بالقيام بالحد الأدنى للاستثمار

تفرض الإدارة المتعاقدة على المتعاقد الأجنبي ضرورة قيامه باستثمارات محددة خلال مدة معينة، لتحقيق فعالية الاستثمارات، وأوجب المشرع الجزائري على الشركات الأجنبية إلزامية الاستثمار في نفس ميدان النشاط موضوع الصفقة في إطار شراكة مع مؤسسة أو مؤسسات خاضعة للقانون الجزائري يحوز أغلبية رأسمالها الاجتماعي جزائريون مقيمون،[4] وفي حالة عدم التزامه

---

[1]- وفي حالة ما إذا لم ينص العقد على مدة محددة فهنا لا يمكن للإدارة أن تفرض مددا للتنفيذ لم يتفق عليها ويناط بالقاضي وحده في هذا الفرض تقدير المدة العادية للتنفيذ وذلك مع مراعاة ظروف كل حالة، وكذا ما جرى العمل عليه في العقود المماثلة، وما اتجهت له نية الطرفين، مما يساعد على تحديد هذه المدة. نفس المرجع، ص 369.

[2]- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 176.

[3]– محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص ص 182،185.

[4]– تحدد هذه المشاريع بموجب مقرر من قبل سلطة المؤسسة الوطنية السيادية في الدولة أو الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير المعني بالنسبة لمشاريعها أو بالنسبة لمشاريع المؤسسات أو الهيئات التابعة لها، ويحدد الوزير المعني هذه المشاريع وطبيعة الاستثمار بموجب مقرر بالنسبة لصفقات المؤسسات العمومية الاقتصادية الممولة جزئيا أو كليا بمساهمات مؤقتة أو نهائية من الدولة.

بذلك فإنه يحق لجهة الإدارة سحب الترخيص الذي منحته للمتعاقد الأجنبي لمزاولة نشاطه دون أن يرتب ذلك مسؤولية عليها، وقد نص المشرع الجزائري على قيام الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار على التأكد من احترام الالتزامات التي تعهد بها المستثمرون خلال مدة الإعفاءات،[1] كما نص على أن المتابعات التي تقوم بها الوكالة تكون بالاتصال مع الإدارات والهيئات المكلفة بالسهر على احترام الالتزامات التي تترتب على الاستفادة من المزايا الممنوحة،[2] كما تقوم بالتأكد من احترامهم التزاماتهم فيما يتعلق بالاتفاقات، ومتابعة لما بعد إنجاز الاستثمار باتجاه المستثمرين غير المقيمين المستقرين.[3]

هـ) التزام المتعاقد الأجنبي بإطلاع جهة الإدارة بكافة الظروف المحيطة بمسائل التعاقد

قد ينص العقد صراحة على حق الإدارة في فسخ العقد في حالة عدم قيامه بالتزام الإعلام والإخبار، ويتجه بعض الفقه إلى أنه لجهة الإدارة التمسك بهذا الحق ولو لم يتضمن العقد نصا صريحا على هذا الحق، وذلك تطبيقا لمبدأ حسن النية.

وقد ألزم المشرع الجزائري المستثمرين بمناسبة الإيداع السنوي للحصيلة لدى مصالح الضرائب أن يقدموا وضعية (تبرز هذه الأخيرة مدى تنفيذ الالتزامات التي اكتتبها) تعد وفقا للأشكال والإجراءات المقررة بالاشتراك بين الوزارة المكلفة بالاستثمارات ووزارة المالية، ويتعين على الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار جمع المعلومات حول تقدم المشاريع وكذا التدفقات الاقتصادية المترتبة عنها.[4]

و) التزام المتعاقد الأجنبي بتدريب العمالة المحلية

هو شرط تتضمنه غالبية العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجانب، تمهيدا لإحلال العمالة الوطنية محل العمالة الأجنبية، وقد نص المشرع الجزائري في أحكام المرسوم الرئاسي رقم 236/10 وهو بصدد تعداد بيانات الصفقات على شرط استعمال اليد العاملة المحلية،[5] ولعل أبرز مثال على ذلك هو عقود B.O.T والذي يتطلب قيام المتعاقد الأجنبي بتدريب العمالة المحلية حتى

المادة 2 من المرسوم الرئاسي 98/11.

[1]– المادة 21 من الأمر رقم 03/01، والمادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 282/01 المؤرخ في 24 سبتمبر 2001، المتضمن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وتنظيمها وسيرها، ج ر عدد 55.

[2]– الأمر رقم 03/01، المرجع السابق، المادة 32، ص 9.

[3]- المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 356/06 المؤرخ في 9 أكتوبر 2006، المتضمن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وتنظيمها وسيرها، ج ر عدد 64.

– المادة 32 من المرسوم التنفيذي رقم 282/01.

[4]– المادة 3–7/3 من المرسوم التنفيذي رقم 356/06.

[5]– المادة 62 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10.

يتسنى لها إدارة المشروع بعد انتهاء مدة الامتياز، وذهب جانب من الفقه إلى أن هذا الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة حتى لا يستطيع المتعاقد الأجنبي التنصل من مسؤوليته بإثبات بذله العناية المطلوبة، وذهب اتجاه أخر من الفقه إلى أنه يتعين التمييز بين التزام المتعاقد الأجنبي بإدماج العمالة المحلية والذي يعد التزاما بتحقيق نتيجة، وبين تدريب وتكوين العمالة المحلية والذي يعد التزاما ببذل عناية.[1]

يتعين على المتعهدين الأجانب الالتزام بالاستثمار في نفس ميدان النشاط في إطار شراكة مع مؤسسة خاضعة للقانون الجزائري يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون.[2]

المبحث الثاني:

إمكانية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي

باعتبار أن اتفاق التحكيم هو طريق لإخراج النزاع من ولاية القضاء، وإسناده لقضاء التحكيم، فقد أثار اتفاق التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي جدلا فقهيا، فذهب جانب منهم للقول

[1]– محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص ص 176،198.
[2]– المادة 24 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10.



بعدم جواز اللجوء إليه لحل منازعات هذه العقود، وذهب اتجاه آخر للقول بجوازية الاتفاق على التحكيم في هذه العقود، على غرار العقود المدنية والتجارية التي عرفت جوازية التحكيم.

ولما كانت هناك العديد من التشريعات التي تجيز تضمين شرط التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، على غرار التشريع الجزائري وغيره، سنقوم ببيان مختلف الشروط الشكلية والموضوعية الواجبة التوافر في اتفاق التحكيم ليكون منتجا لآثاره باعتباره عقدا، ومن جملة هذه الشروط الواجبة التوافر في اتفاق التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي،شرط الكتابة وشروطا أخرى متعلقة بالرضا والمحل والأهلية.

وسنقوم في دراستنا بيان رأي مختلف الاتجاهات الفقهية في إمكانية فض منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي بواسطة التحكيم، مبرزين الأسانيد الفقهية المؤيدة لكل اتجاه،والأحكام القضائية المؤيدة لكل منهما، ومختلف الشروط الواجبة التوافر في اتفاق التحكيم حتى يكون هذا الأخير منتجا لآثاره وذلك على النحو التالي:

المـــــطلـــب الأول:

الاتجاهات المختلفة في التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي

لقد تنازع إمكانية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي اتجاهان، أحدهما اعترض على ذلك وقد كان مستندا لجملة من الأسانيد، كما أن موقفه كان محل أخذ لدى بعض التشريعات، وجسدت بعض الأحكام القضائية في منطوقها، أما الاتجاه الثاني فقد أجاز التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، واستند أنصار هذا الاتجاه كذلك من أجل تبرير موقفهم لجملة من الأسانيد، كما أن عددا من التشريعات نصت صراحة على إمكانية اللجوء إلى التحكيم في هذا النوع من العقود، كما أن هناك جملة من الأحكام القضائية التي جسد منطوقها إمكانية التحكيم في هذه العقود.

سنقوم ببيان الاتجاهات المختلفة بشأن إمكانية التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي مبرزين مختلف الأسانيد التي قال بها كل اتجاه، وكذا موقف التشريعات من ذلك، مبرزين ذلك الأحكام القضائية التي وافقت كل اتجاه وذلك على النحو التالي:

الـــــــفـــــرع الأول:

الاتجاه المعارض للتحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي

سنقوم في دراسة الاتجاه المعارض للتحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، بإبراز مختلف الأسانيد الفقهية التي قال بها أنصار هذا الاتجاه لتبرير رفضهم لأن يكون التحكيم طريقا بديلا لفض منازعات هذه العقود، لأنهم يرون أنه لا يضمن خضوع هذه العقود الإدارية لنظام متميز عن النظام الذي تخضع له باقي العقود، لأن التحكيم لا يعتد بالتمييز بين العقود المدنية والعقود الإدارية، ولأن اللجوء إلى التحكيم في هذه العقود يؤدي للاصطدام بمبدأ الحصانة القضائية للدولة وبمبدأ سيادة الدولة على أراضيها، وبالإضافة لهذه الأسانيد نبين بعض التشريعات والأحكام القضائية الصادرة المؤيدة لهذا الاتجاه على النحو التالي:

أولا: الأسانيد الفقهية المؤيدة لهذا الاتجاه

استند الفقه المعارض لفكرة التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي لجملة من الأسانيد لتبرير موقفه ، بالنظر لخصوصية هذا النوع من العقود وتميزه عن العقود المدنية والتجارية، فالعقود الإدارية مرتبطة من حيث نشأتها وتطورها بنشأة وتطور القانون الإداري، والتي أصبحت بموجبه الدول التي تأخذ بنظام ازدواجية القضاء والقانون تخضع هذا النوع من العقود لنظام قانوني وقضائي خاص هو القضاء الإداري، وسنقوم ببيان مختلف الأسانيد التي استند إليها أنصار هذا الاتجاه لتبرير موقفهم الرافض للتحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي على النحو التالي:

1. التحكيم سلب لاختصاص القضاء الوطني ومساس بسيادة الدولة إلى جانب إحلال القانون الأجنبي محل القانون الوطني، والذي هو مظهر من مظاهر سيادة الدولة.

2. التحكيم ليس بمنبت الصلة بالقضاء، لأن هذا الأخير يكون له السلطة التدخل في أعمال المحكمين بالمساعدة، وهي أمور ينظمها المشرع الوطني في النصوص المنظمة للتحكيم.

3. ليس في التحكيم بشكل دائم تنحية للقانون الوطني، فليس هناك ما يمنع الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها من إدراج شرط تطبيق القانون الوطني على النزاع الذي يمكن أن يثور، ومن ثم فالأمر يعود لإرادة الأطراف.[1]

4. واستند البعض لفكرة النظام العام، ونادى بعدم جوازية التحكيم في العقود الإدارية لكونها تستهدف تحقيق الصالح العام والذي يعد قوام النظام العام.[2]

---

[1]- عبد العزيز خليفة، الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ص 378،379.

[2]- ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص ص 182،183.

5. عدم جوازية التحكيم في العقود الإدارية الدولية استنادا إلى مبدأ توزيع الاختصاص، لكون البت في المنازعات الإدارية من اختصاص القاضي الإداري، في الدول التي تأخذ بازدواجية القضاء والقانون، ويطبق عليها أحكام القانون الإداري، فهي تخضع لنظام قانوني متميز بأحكامه، ومن ثم فالاتفاق التحكيم سيؤدي لسلب اختصاص القضاء الإداري بنظر هذه المنازعات، والتي يعد الفصل فيها في الأصل من اختصاصه، وهو ما يشكل مخالفة صريحة لمبدأ توزيع الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري، فكيف يمكن للدولة التي ترفض نظر القاضي العادي في المنازعات الإدارية وأن تسمح للمحكمين بذلك؟

6. اصطدام التحكيم بمبدأ الحصانة القضائية للدولة، فمن المبادئ المستقر عليها في القانون الدولي تمتع كل دولة بالحصانة القضائية في مواجهة قضاء الدول الأجنبية، استنادا لمبدأ السيادة والاستقلال وكذا المساواة بين الدول، ومن ثم تستطيع كل دولة أن تدفع بحصانتها القضائية حال اختصامها أمام قضاء دولة أجنبية، لأن قضاء التحكيم على غرار قضاء الدولة يعد منظمة أجنبية لأنه يجرى خارج إقليمها ويعمل على تطبيق قوانين أجنبية، وأن المحكمين الفاصلين في النزاع من جنسيات متعددة.[1]

7. واستند البعض للقول بمبدأ الحظر في اللجوء إلى التحكيم من قبل الأشخاص العامة في العقود الإدارية من المبادئ العامة للقانون والتي يطبقها القضاء الإداري في فرنسا باعتبارها مصدرا من مصادر المشروعية والتي يتعين على جهة الإدارة الالتزام بها.[2]

واستند أنصار هذا الاتجاه كذلك لوجود العديد من التشريعات التي أيدت حظر اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، لتبرير رأيهم على غرار التشريع الفرنسي، المصري:

أ) التشريع الفرنسي

يرى أنصار هذا الاتجاه أن القانون الفرنسي خلا من أية نصوص تشريعية تنظم إمكانية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، وأن النصوص التشريعية وضعت قاعدة عامة تتلخص في عدم جوازية لجوء أشخاص القانون العام للتحكيم لفض منازعاتهم، وتمثلت هذه النصوص في المواد 1004، 83 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي القديم والمادة 2060 من قانون المدني الحديث، حيث جاء فيها عدم جوازية إبرام اتفاقات التحكيم في المنازعات التي يشترط القانون تبليغها إلى النيابة العامة وحضورها في الدعوى، وحددت المادة 83 القضايا التي يشترط

[1]- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص ص212،214.

[2]- دويب حسين صابر عبد العظيم، " التحكيم في العقود الإدارية وعقود BOT"،
http: //slconf.uaeu.ac.ae/papers/ni/ doib% 20husin.pdf ,p 268

فيها إخطار النيابة العامة بالمنازعات التي تكون أحد أطرافها الدولة أو الدومين أو البلديات أو المؤسسات العامة.

وبعد تعديل القانون الفرنسي سنة 1972 نصت المادة 1/2060 على أنه:" لا يمكن اللجوء إلى التحكيم بشأن الحالة أو الأهلية أو بشأن المسائل المتعلقة بالطلاق والانفصال الجسدي أو بشأن المنازعات المتعلقة بالجماعات والمؤسسات العامة، وعموما في جميع المسائل المتعلقة بالنظام العام."[1]

ومما سبق نرى أن حظر اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية جاء في أحكام وقواعد القانون الخاص (القانون المدني)، وهنا أثير تساؤل عن مدى التزام القاضي الإداري بالحظر الوارد في نصوص القانون المدني؟ وهنا ظهر اتجاهين الأول يقضي بالتزام القاضي الإداري بتطبيق هذا الحظر، والاتجاه الثاني والذي يمثل غالبية الفقه قضى بعدم الاعتراف للقانون المدني في المجال الإداري إلا بقيمة ثانوية وجاءت لتنظيم مسألة إجرائية ولا يمكن أن يكون هدفها الفصل في المنازعة الإدارية الخاضعة لولاية القضاء الإداري.[2]

ب. التشريع المصري

صدر قانون التحكيم المصري الجديد رقم 27 سنة 1994 ونصت مادته الأولى على ما يلي:" مع عدم الإخلال بالاتفاقات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيما تجاريا أو دوليا يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون."[3]

وقد اعتبر أنصار هذا الاتجاه أن هذا النص دليل على عدم جوازية التحكيم في العقود الإدارية واستندوا في ذلك للحجج التالية:

- عدم ورود لفظ العقود الإدارية صراحة في نص المادة السابقة، كما أنه بالرجوع لأحكام المادة الثانية نجدها عددت الخضوع التي تخضع للتحكيم وقالوا بأن الهدف من ذلك هو تجنب النص صراحة على التحكيم في العقود الإدارية.

---

[1]- أنور أحمد رسلان، " التحكيم في منازعات العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، مجلة الأمن والقانون، القيادة العامة لشرطة دبي، كلية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، السنة السادسة، العدد الأول، يناير 1998، ص ص 222،223.
– علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص ص 207،208.
– شريف يوسف خاطر، " التحكيم في مجال العقود الإدارية دراسة مقارنة بين القانونين الفرنسي والمصري"، http://slconf.uaeu.ac.ae/papers/n1/shrife%20khter.pdf p298,299

[2]- نفس المرجع، ص 210.

[3]- أسرة التحرير، " نصوص وقوانين واتفاقيات التحكيم وطنيا وإقليميا ودوليا"، المرجع السابق، ص 138.

- واستندوا كذلك لعنوان القانون ذاته، حيث إنه يختص بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية.[1]

غير أن الحجة الثانية التي قال بها أنصار هذا الاتجاه غير صحيحة وقد نفاها الحكم الصادر عن محكمة استئناف القاهرة والذي أكد على إمكانية التحكيم في العقود الإدارية.[2]

ج. التشريع الجزائري

بالرجوع للمرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 25 أفريل 1993 نجد بأنه نص صراحة على عدم إمكانية قيام الأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم إلا في علاقاتهم التجارية الدولية،[3] وهو ما يفيد بأن المشرع الجزائري لا يقر بالتحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، وقصر إمكانية لجوء الأشخاص المعنوية العامة التابعة للقطاع العام إلى التحكيم على علاقاتهم التجارية الدولية، وكذا وجوب كون أحد الأطراف على الأقل موطنه أو مقره بالخارج سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا،[4] وبصدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية نص المشرع الجزائري صراحة على عدم جوازية طلب الأشخاص المعنوية العامة التحكيم ماعدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية،[5] ومن ثم فقد مكن المشرع الأشخاص المعنوية العامة من اللجوء إلى التحكيم في الصفقات العمومية، وهو ما يعكس إمكانية إدراج الدولة أو الأشخاص التابعة لها إدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي والتي تقوم بإبرامها مع المؤسسات الأجنبية غير الكائنة الجزائر.

ثانيا: أحكام القضاء المؤيدة لهذا الاتجاه

صدرت العديد من الأحكام القضائية التي أكدت هي الأخرى على عدم إمكانية اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات التي تنشأ بشأن العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، سنقوم ببيان بعض هذه الأحكام في كل من القضائين الفرنسي والمصري، وذلك على النحو التالي:

---

[1]- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 211.

[2]- للإطلاع على الحكم يمكن الرجوع إلى: حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د ط، 2001، ص ص 39،41.

[3]- المادة 442 من المرسوم التشريعي رقم 09/93.

[4]– قاسم العيد عبد القادر، " تنفيذ أحكام التحكيم وفقا لبعض التشريعات الوطنية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، العدد الثاني، 2009، ص 198.

[5]- المادة 3/1006 من القانون رقم 09/08.

1. موقف مجلس الدولة الفرنسي

واختلف موقف القضاء الفرنسي العادي والإداري من مبدأ حظر اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، فبالنسبة **للقضاء العادي:** لم يسلم بمبدأ حظر اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية على إطلاقه، لأن المؤسسات العامة قد تضطر إلى إدراج هذا الشرط في تعاملاتها الدولية، وإن كان القضاء العادي يتفق مع مجلس الدولة في عدم جوازية لجوء الأشخاص العامة للتحكيم إلا بناء على نص صريح يسمح بذلك[1] أو بناء على اتفاقية دولية معمول بها في فرنسا، غير أن القضاء العادي يختلف مع مجلس الدولة فيما يتعلق بالعقود ذات الصفة الدولية التي يكون أشخاص القانون العام طرفا فيها فهو يجيز اللجوء للتحكيم فيها، ومثال ذلك ما ذهبت إليه محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في باريس في 10 أفريل 1975،[2] وفي أحكام حديثة نسبية ذهبت محكمة الاستئناف في باريس في الحكمين الصادرين 24 نوفمبر 1994، و13 يونيو 1996 في الحكم الأول:" يقتصر تحريم لجوء الدولة إلى اتفاق التحكيم على العقود ذات النظام الداخلي وبالتالي فلا يتعلق بالعقود ذات الطابع الدولي وأنه لصحة مشارطة التحكيم التي يتضمنها عقد فإنه يكفي التدليل على وجود عقد دولي يفي باحتياجات التجارة الدولية وفقا للشروط المتفقة مع أعراف التجارة الدولية."
وفي الحكم الثاني:" الحظر الوارد على الدولة في قبول شرط التحكيم وأيا كان السبب الذي يستند إليه، يعمل به فقط في إطار العقود الوطنية ولا يعد هذا الحظر من قبيل القواعد المتصلة بالنظام العام الدولي." [3]

بالنسبة لمجلس الدولة الفرنسي: فقد تبنى موقفا متشددا من التحكيم في العقود الإدارية، في العديد من الأحكام التي أصدرها منذ بداية القرن 19 والذي تبنى فيه مبدأ حظر اللجوء إلى التحكيم، واستمر هذا الموقف الرافض للتحكيم حتى القرن 20، وهذا التناقض بين القضاء العادي والقضاء الإداري (مجلس الدولة) لتدخل المشرع الفرنسي للحد من نطاق تطبيق القاعدة التي تمسك بها مجلس الدولة بشأن عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية، ولعل أهم تدخل تشريعي هو القانون

---

[1]- حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 130.
[2]- وجاء فيه ما يلي:" تحريم التحكيم الإداري يقتصر على عقود القانون الداخلي، ولا ينطبق على العقود ذات الطابع الدولي وأنه يستفاد من عبارات المادة 1004 من القانون الإجراءات المدنية أن تحريم التحكيم بالنسبة للهيئات العامة يستند فقط على الحصانة الخاصة التي يستفيد لدى
القضاء الفرنسي، وأن الدولة تستطيع أن تتنازل مقدما عن هذه الحصانة وذلك بقبول اختصاص القضاء الأجنبي وعليه فإن التحريم المستفاد من المادة 1004 لا يتعلق بالنظام العام الدولي."
دويب حسين صابر عبد العظيم، المرجع السابق، ص 269.
[3]- نفس المرجع، ص 270.

الصادر في 19أوت 1986 والذي أجاز للدولة والمقاطعات والمؤسسات العامة أن تقبل شرط التحكيم في العقود المبرمة مع الشركات الأجنبية واشترط هذا القانون لتطبيقه ما يلي:

– أن يكون العقد مبرما مع شركة أجنبية (أي يكون عقدا دوليا) ومن ثم لا ينطبق هذا الاستثناء على العقود التي تبرم بين شركات وطنية.

– أن يكون العقد بخصوص مشروع ذا نفع قومي حتى يبرر اللجوء إلى التحكيم.

–اشتراط صدور مرسوم من مجلس الوزراء للموافقة على تضمين العقد شرط التحكيم وذلك يكون في كل حالة على حدة.

وقد صدر القانون السابق بمناسبة تمسك الشركة الأمريكية Walt Disney على ضرورة تضمين العقد المبرم بينها وبين مقاطعة Val Marne والمؤسسة العامة للمدينة الجديدة Marne la Vallèe على شرط التحكيم وخاصة بعد أن رفض مجلس الدولة الفرنسي إدراج شرط التحكيم في هذا العقد على اعتبار أنه يتعلق بالنظام القانوني الداخلي الفرنسي وبذلك يعد مخالفا للنظام العام في فرنسا، بالإضافة إلى أن شروط تطبيق المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي غير متحققة في واقعة الحال حيث أنها لا تسمح إلا بعقد مشارطة التحكيم لتصفية نفقات عقود الأشغال العامة والتوريد بعد نشأة النزاع.[1]

2. موقف مجلس الدولة المصري

تعاقد المجلس الأعلى للآثار مع الشركة الإنجليزية لإنجاز عملية تنسيق الموقع العام الخارجي لمتحف آثار النوبة بأسوان، وتضمن العقد شرط التحكيم وعرض العقد على الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بهدف استطلاع رأيها، ولما عرض العقد على الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بهدف استطلاع رأيها، وكان رأيها عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي استنادا لطبيعة هذه العقود التي تتنافى مع هذا الاتفاق، على خلاف العقود المدنية فإرادة الأطراف حرة وهو الأصل في هذه العقود، غير أن هذه الإرادة مقيدة في مجال القانون العام، وهذا هو الأصل فيها، وحتى تستكمل الإرادة شروط صلاحيتها ينبغي أن يكون هناك تفويض وفقا لمسوغ تشريعي يجيز لها مثل هذه التصرفات.

وقد صدرت عدة أحكام تحكيمية أيدت هذا الاتجاه، مثال ذلك قضية شركة Liamco ضد الحكومة الليبية، وتتلخص وقائع هذه القضية في أن الحكومة الليبية رفضت المشاركة في إجراءات

---

[1]– حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق، المرجع السابق، ص ص 33،35.

التحكيم بحجة أن التحكيم يتعارض مع سيادتها، غير أن محكمة التحكيم رفضت هذه الحجة التي استندت إليها الحكومة الليبية وأكدت على أن الدولة يمكنها أن تتنازل عن حقوقها السيادية وتوقع اتفاق التحكيم وتظل ملتزمة به.[1]

الـــــفـــــــرع الـــــثـــــانــــــي:

الاتجاه المؤيد للتحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي

يقر هذا الاتجاه بإمكانية التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، باعتبار أنه ليس هناك ما يمنع إدراج هذا الشرط في مثل هذه العقود، لاسيما وأن الاتفاقيات الدولية تجيز التحكيم، واستند هذا الاتجاه للعديد من الأسانيد لتبرير موقفه، وقد تم تأييد هذا الاتجاه في التشريعات الوطنية والاتفاقات الدولية، كما قد صدرت العديد من الأحكام القضائية التي تؤكد على إمكانية إدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، وسنقوم من ببيان هذه الأسانيد التي استند إليها، وكذا التشريعات وأحكام القضاء المؤيدة لهذا الاتجاه وذلك على النحو التالي:

أولا: الأسانيد المؤيدة لهذا الاتجاه

استند أنصار الاتجاه المؤيد للتحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، لجملة من الأسانيد لتبرير موقفهم من التحكيم، لاسيما مع سياسة الإصلاح الاقتصادي وتشجيع الاستثمار الذي تتبناه الدولة في الوقت الحاضر ولجذب رؤوس الأموال الأجنبية وتهيئة مناخ اقتصادي جيد من أجل إنجاز مشروعات البنية التحتية، ونقل التكنولوجيا، والذي لا يمكن أن يتحقق إلا من خلال الالتزام بقبول التحكيم فيما قد ينشأ من منازعات في هذه الأخيرة، ومن هذه جملة هذه الأسانيد ما يلي:

1. لا يوجد نص تشريعي يمنع التحكيم في العقود الإدارية، ومن ثم فإن التحكيم في العقود الإدارية جائز.[2]

2. الاتفاقيات الدولية كجزء من النظام القانوني تجيز للدولة ولأشخاص القانون العام اللجوء إلى التحكيم، كاتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية، والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (يونسترال)...الخ.

3. اختصاص مجلس الدولة بالنظر في منازعات العقد الإداري لا يستبعد إمكانية اللجوء إلى التحكيم، فالهدف منه هو التأكيد على استبعاد اختصاص محاكم القضاء العادي كتوزيع للاختصاص

---

[1]– علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 226.

[2]– عبد العزيز خليفة، الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 380.

بين القضاء العادي والإداري، ومن ثم فالمشرع لم ينكر حق الأطراف قبل اللجوء إلى القضاء في إنهاء منازعاتهم بأي أسلوب يريدونه بما في ذلك التحكيم.[1]

4. التحكيم يوفر الوقت والمال والجهد في المنازعات التي يكون فيها الطرف الأجنبي، حيث يفضل في الغالب اللجوء إلى التحكيم لفض النزاع الناشئ عن العقد الإداري.[2]

5. سياسة الإصلاح الاقتصادي وتشجيع الاستثمار الذي تتبناه الدولة في الوقت الحاضر ولجذب رؤوس الأموال الأجنبية وتهيئة مناخ اقتصادي جيد لاسيما في عقود البوت، لا يتحقق إلا بوضع تشريعات اقتصادية على ذلك، وتهيئة المناخ التشريعي[3] والقضائي من خلال الالتزام بقبول التحكيم فيما قد ينشأ من منازعات.[4]

أيدت العديد من التشريعات حظر اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، لتبرير رأيهم على غرار التشريع الفرنسي، المصري:

1. التشريعات الوطنية المؤيدة للتحكيم

ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن التشريعات الوطنية قد أجازت التحكيم في مجال العقود الإدارية ذات الطابع الدولي في كل من مصر وفرنسا، غير أن هناك فرقا في طريقة معالجة المشرع لهذا الموضوع في كل منهما، ومكمن الاختلاف هو في تطور التشريع الفرنسي من الحظر المطلق إلى الحظر النسبي، أي الأصل هو عدم جوازية التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي ما لم يوجد نص صريح يجيز ذلك، في حين أن التشريع المصري تطور من الصمت إلى السماح الكامل بالتحكيم في العقود الإدارية الدولية.[5]

أ) التشريع الفرنسي

وضع مجلس الدولة الفرنسي قاعدة مفادها عدم جوازية التحكيم بالنسبة لأشخاص القانون العام، وأورد استثناء على هذه القاعدة وهو حالة وجود نص صريح يبيح لها ذلك،[6] فقد سمح قانون 17 أفريل 1906 لأشخاص القانون العام باللجوء إلى التحكيم ولكنه قيدها بجملة من الشروط تتمثل فيما يلي:

---

[1]– حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 179.

[2]– شريف يوسف خاطر، المرجع السابق، ص 312.

[3] – Arnoldo WALD, " La résolution, par l`arbitrage, des conflits entre l`administration publique et les entreprises privées en droit Brésilien" , Gazette du Palais "Journal Spécial des sociétés Française par actions" , Lextenso édition, Paris, N^0 2007/ 2, Juillet 2007, p 10 .

[4]– دويب حسين صابر عبد العظيم، المرجع السابق، ص 284.

[5]– علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 230.

[6]– حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 174.

▪ تعلق النزاع بتصفية نفقات الأشغال العامة والتوريدات، ولا يمتد هذا القانون إلى أي عقد إداري آخر.

▪ أن يتم اللجوء إلى التحكيم عبر مشارطة التحكيم (أي يتم اللجوء إلى التحكيم بعد نشوء النزاع).

▪ موافقة مجلس الوزراء بمرسوم يوقع عليه وزير المالية أو الوزير المختص حسب الأحوال، وذلك فيما يتعلق بعقود الأشغال العامة والتوريدات الخاصة بالدولة أما إذا تعلق الأمر بالمديريات فيجب أن يناقش مجلس المديرية التحكيم ويوافق عليه الوزير المختص.

وتوالت بعد ذلك القوانين الفرنسية التي أجازت لأشخاص القانون العام اللجوء إلى التحكيم في سنة 1946 ربطته بحالة تأميم الدولة لشركات الغاز والكهرباء، وفي سنة 1982 سمح لها باللجوء إلى التحكيم في حالة النزاع الناشئ عن تنفيذ عقود الأبحاث مع الهيئات الأجنبية، وفي سنة 1986 وبمناسبة قضية Euro diseney land والتي انتهى فيها مجلس الدولة إلى أنه لا يجوز التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي إلا إذا كان هناك نص في القانون الداخلي أو معاهدة دولية انضمت إليها فرنسا تسمح بذلك، وحيث أنه لا يوجد لمثل هذا القانون وجود فشرط التحكيم باطل، وعلى إثر ذلك اضطر مجلس الدولة الفرنسي لإصدار قانون في 19 أوت 1986 والذي قررت المادة 9 منه السماح للدولة والتجمعات الإقليمية أو المحلية والمؤسسات العامة في عقودها مع الشركات الأجنبية لتنفيذ عمليات ذات مصلحة وطنية أو قومية اللجوء إلى التحكيم في المنازعات التي يمكن أن تنشأ عنها.[1]

ب)التشريع المصري

بعد صدور قانون سنة 1994 نصت مادته الأولى على التحكيم، إلا أن الفقه اختلف في تفسير النص فقال البعض بأنها لا تشمل العقود الإدارية وهناك من قال بأنها تشملها لكون أحد أطرافها شخص عام،[2] وقد أيدت محكمة استئناف القاهرة الاتجاه القائل بإجازة التحكيم في العقود الإدارية، وتجدر الإشارة في هذا الصدد أن مجيء القانون رقم 9 لسنة 1994 المتضمن تعديل لأحكام القانون رقم 27 لسنة 1994 نص صراحة على إمكانية التحكيم في العقود الإدارية، وبذلك وضع المشرع حدا للخلاف الناشئ بين الفقهاء.

---

[1]– علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص ص 232،230.
[2]– عبد العزيز خليفة، الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 381.

ج) التشريع الجزائري

نص المشرع الجزائري صراحة على إمكانية اللجوء إلى التحكيم في الصفقات العمومية بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية،[1] وتجدر الإشارة في هذا الصدد أن أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم تورد نصوصا قانونية تبين كيفية تطبيق أحكام المادة 1006 منه، في شقها المتعلق بالتحكيم كطريق بديل لحل منازعات الصفقات العمومية بالنظر للطابع الخاص لهذه العقود، على خلاف القانون المصري والذي قام بموجب القانون رقم 9 لسنة 1997 وفي مادته الأولى على إضافة فقرة ثانية لأحكام المادة الأولى من القانون رقم 27 لسنة 1994،[2] التي تبين الكيفية التي تتم بها الموافقة على إدراج شرط التحكيم فيها حيث تنص على:" وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك." [3]

غير أنه وبالرجوع لأحكام تنظيم الصفقات العمومية نجد بأن الصفقات لا تصح ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة، وحدد المشرع الجزائري هذه الأخيرة في أحكام المادة 2/8 منه،[4] ومن خلالها يفهم ضمنيا أن التحكيم المدرج ضمن العقد لا يكون نهائيا إلا إذا وافقت عليه الجهات السالفة الذكر، وبالنظر لما يترتب على إدراج شرط التحكيم من آثار على العقود الإدارية يمكن أن تكون سلبية في حالة ما إذا لم يتم صياغتها بشكل صديق في العقد أو الوثيقة التي تستند إليها، نرى أنه كان على المشرع أن يقوم بإيجاد آليات أخرى (غير موافقة الجهات السابقة) تضمن أن لا يكون للتحكيم آثار سلبية على الدولة بصفة عامة بسبب عدم دقة الصياغة القانونية لأحكام اتفاقية التحكيم كأن يقوم مثلا بالنص على إنشاء هيئة تتكون من خبراء قانونيين واقتصاديين تختص بالنظر في اتفاقيات التحكيم التي سيتم الموافقة عليها وذلك قبل أن يتم اعتماد الصفقة بصفة

---

[1]– المادة 3/1006من القانون رقم 09/08.

[2]– تنص المادة 1 من القانون رقم 27 لسنة 1994:" مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيما تجاريا دوليا يجرى في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون."

أسرة التحرير، " نصوص وقوانين واتفاقيات التحكيم وطنيا وإقليميا ودوليا"، المرجع السابق، ص 138.

[3]– عبد العزيز خليفة، الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 363.

[4]– وتتمثل في: الوزير فيما يخص صفقات الدولة، مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة، الوالي فيما يخص صفقات الولاية، رئيس م.ش.ب فيما يخص صفقات البلدية، المدير العام أو المدير فيما يخص صفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، المدير العام أو المدير فيما يخص المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، مدير مركز البحث والتنمية، مدير المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتقني، مدير المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، مدير المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني، الرئيس المدير العام أو المدير العام للمؤسسة العمومية الاقتصادية.

نهائية، ولأداء هذه الأخيرة لمهامها بأكمل وجه يتعين العمل على تكوين أعضائها وإخضاعهم لفترة تربص أولا.

كما يأخذ على المشرع الجزائري في هذا الصدد أنه نص على إمكانية قيام أي سلطة من السلطات السابقة بتفويض صلاحياتها في مجال الموافقة النهائية على الصفقة إلى المسؤولين المكلفين بتحضير الصفقات وتنفيذها، وهذا أمر خطير جدا في هذه العقود لأن من شأن ذلك أن يؤدي لاستبعاد تطبيق القانون الوطني لاسيما وأن تشكيلتهم تتضمن أعضاء وجودهم ضروري لتحضير الصفقة وإتمام تراتيبها غير أنها لا تتضمن مختصين وخبراء في التحكيم.[1]

2. موقف المعاهدات الدولية

عند تعاقد الدولة مع المستثمرين الأجانب فإن المنازعات الناشئة عن هذا النوع من العقود يتسم بالتعقيد، وهذا راجع لكون الدولة طرفا فيها، وفي حالة ما إذا تم اللجوء إلى القضاء الوطني فإن المستثمر الأجنبي سيخاف من تحيز قضائها، وبالنظر لعدم وجود هيئة قضائية دولية متخصصة قامت الدول بإبرام مجموعة من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي تنص على التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، نتناولها على النحو التالي:

أ) اتفاقية نيويورك لسنة 1958

تعالج هذه الاتفاقية الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية الموقعة في نيويورك في 1958/6/10 والتي دخلت حيز النفاذ في 1959/6/7،[2] ونصت المادة الأولى منها على أن:" تطبق الاتفاقية الحالية للاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الصادرة في إقليم دولة غير التي يطلب إليها الاعتراف وتنفيذ هذه الأحكام على إقليمها وتكون ناشئة عن منازعات بين أشخاص طبيعية أو معنوية."، واستند أنصار هذا الاتجاه لعمومية نص المادة للقول بجوازية التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي،[3] واستند البعض للقول أنه على الرغم من أن هدف الاتفاقية هو تنشيط التحكيم في مجال التجارة الدولية إلا أنها لم تشترط أن يكون موضوع النزاع تجاريا، ومن ثم تسري أحكام الاتفاقية بمناسبة كافة النزاعات ومنها منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي،[4] ونرى أن إجازة اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي يستفاد من نص المادة السابقة من العبارة التالية:" ... كما أن للدولة أن تصرح أيضا بأنها ستقصر الاتفاقية على المنازعات الناشئة

---

[1]- للإطلاع على تشكيلة اللجان السابق يمكن الرجوع لأحكام المواد: 130، 133، 134، 135، 137 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10.

[2]- أسرة التحرير، " نصوص وقوانين واتفاقيات التحكيم وطنيا وإقليميا ودوليا"، المرجع السابق، ص 170.

[3]- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 236.

[4]- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، المرجع السابق، ص ص 144، 145.

عن روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية التي تعتبر تجارية طبقا لقانونها الوطني." بمفهوم المخالفة للمادة السابقة فإن اتفاقية نيويورك تجيز التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي وأوقفت ذلك على إرادة الدولة.

ب) اتفاقية جنيف لسنة 1961

نصت الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المنعقدة في جنيف في 21 نيسان في المادة 1/2 على أهلية الأشخاص المعنوية لإبرام اتفاقيات التحكيم، الناشئة أو التي قد تنشأ نتيجة لعمليات التجارة الدولية.[1]

ج) اتفاقية واشنطن لسنة 1965

أنشأت هذه الاتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار التي تثور بين الدول والمستثمرين الأجانب ICSID، وطبقا لنص المادة 25 من هذه الاتفاقية فإنه يجوز اللجوء إلى التحكيم في المنازعات التي تثور بين الدول المتعاقدة والمستثمرين الأجانب، متى كان هناك رضا كتابي من الطرفين وكانت المنازعة ناشئة بطريقة مباشرة عن استثمار،[2] ومن ثم فلو انضمت الدولة لاتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار وارتضت كتابة الخضوع للتحكيم وفقا لأحكام المركز فإنها تخضع للتحكيم حتى ولو كان قانونها الوطني يمنعها من اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي.[3]

ثانيا: أحكام القضاء المؤيدة لهذا الاتجاه

صدرت العديد من الأحكام القضائية التي أكدت إمكانية اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات التي تنشأ بشأن العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، نبين بعضها في كل من القضائين الفرنسي والمصري، على النحو التالي:

1. موقف القضاء الفرنسي

---

[1]- أسرة التحرير، " نصوص وقوانين واتفاقيات التحكيم وطنيا وإقليميا ودوليا"، المرجع السابق، ص 175.

[2]- جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص ص 13،14.

- عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم (التحكيم الدولي)، الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثالثة مزيدة ومنقحة، 2008، ص ص72،76.

- عبد العزيز خليفة، المنازعات الإدارية (ضوابط التحكيم في منازعات العقود الإدارية)، المرجع السابق، ص 148.

- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، المرجع السابق، ص 148.

[3]- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 237.



القضاء العادي في فرنسا لم يسلم بمبدأ حظر اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية على إطلاقه، لأن المؤسسات العامة قد تضطر إلى إدراج هذا الشرط في تعاملاتها الدولية، وسنكتفي في هذا الصدد بإيراد مثال متعلق بالحكم الصادر في القضية بين شركة Societe de Freres ووزارة المرافق التونسية: وتتلخص وقائع القضية في كون الحكومة التونسية قد أبرمت عقدا مع الشركة السالفة الذكر وكان العقد متعلقا بنقل التكنولوجيا، وقد ثار نزاع بين الطرفين المتعاقدين فقررت الشركة اللجوء إلى التحكيم لوجود شرط عرض النزاع على التحكيم، غير أن الحكومة التونسية دفعت ببطلان شرط التحكيم على أساس أنه غير جائز في العقود الإدارية وهو المبدأ المستقر عليه في تونس وكذا في فرنسا، وهنا أصدرت محكمة التحكيم حكما قضى بجوازية التحكيم في العقود الإدارية، وهو ما دفع بوزير المرافق التونسي بالطعن بالاستئناف أمام محكمة استئناف باريس وهنا قضت بصحة شرط التحكيم المدرج في العقد، وأوضحت أن الحظر الوارد في القانون الفرنسي يقتصر إعماله على العقود الداخلية فقط، أما العقود الدولية فإن الحظر ليس له أي أثر، ومن ثم فشرط التحكيم في مثل هذه العقود صحيح ومنتج لآثاره.[1]

2. موقف القضاء المصري

صدر حكم عن محكمة استئناف القاهرة في 19 مارس 1996، والمتعلق بدعوى البطلان المقامة من رئيس المجلس الأعلى للآثار ضد شركة سيلجستر نايت الإنجليزية بشأن حكم التحكيم الصادر لصالح هذه الأخيرة، والذي بموجبه ألزم المجلس الأعلى للآثار بدفع مبالغ متعددة لصالح هذه الشركة، وتم الطعن في هذا الحكم من قبل المجلس الأعلى للآثار أمام محكمة استئناف القاهرة، وتمسك هذا الأخير أمام المحكمة ببطلان شرط التحكيم لكون العقد محل النزاع عقد إداري، وجاء الحكم الصادر عنها على النحو التالي:" ... حيث أنه عن السبب الثاني وهو الإدعاء ببطلان شرط التحكيم لأن العقد محل النزاع هو عقد إداري مما لا يجوز التحكيم فيه، فإنه غير سديد. فقد نصت المادة الأولى من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994 على أن:" ... تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقات القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجرى في مصر، أو كان تحكيما تجاريا دوليا يجرى في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون" والقاعدة أنه لا اجتهاد مع وضوح النص ودلالة عبارة هذا النص واضحة وقاطعة في إجازة المشرع للاتفاق على التحكيم حتى ولو كان أحد أطرافه من أشخاص القانون العام وأيا كانت طبيعة

[1]– علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص ص 238،239.

العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع" وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون نفس المعنى بقولها: ... وتحديد نطاق تطبيق أحكام المشروع، الذي عينته المادة الأولى بعد أن رجحت أحكام الاتفاقيات المعمول بها في مصر بسريان تلك الأحكام على كل تحكيم تجاري دولي يجرى في مصر سواء كان أحد طرفيه من أشخاص القانون العام أو أشخاص القانون الخاص، فحسم المشرع بذلك الشكوك التي دارت حول مدى خضوع بعض أنواع العقود التي يكون أحد أطرافها من أشخاص القانون العام للتحكيم، فنص على خضوع جميع المنازعات الناشئة عن هذه العقود لأحكام هذا المشروع أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع..." [1]

وعند أخذ الأصوات بمجلس الشعب على مشروع القانون تمت الموافقة على نص المادة وكان أحد النواب قد اقترح النص في المادة الأولى على عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية بيد أن الاقتراح لم يحظ بموافقة الأغلبية، ومما تقدم يتبين أن المشرع قصد على وجه القطع جوازية التحكيم في العقود الإدارية، وهو ما يتفق مع الحكمة التي شرع من أجلها قانون التحكيم، وهو مواكبة الجهود التي تبذلها الدولة من أجل تهيئة مناخ صالح للاستثمار.

وقد أضافت المحكمة:" أن الثابت من عبارات العقد المؤرخ في 1993/11/10 محل النزاع والذي تضمن شرط التحكيم، أنه قد روجع باللجنة الثانية لقسم الفتوى والتشريع بمجلس الدولة في 1993/10/20 وأن هذه اللجنة وافقت عليه بالتبليغ رقم 560 في 1993/10/25 بعد قيام النزاع بين الطرفين أبرما مشارطة التحكيم المؤرخة في 1996/3/24 وإذا نظر الموضوع أمام هيئة التحكيم المنصوص عليها في تلك المشارطة ترافع الطرفان دون أن يبدى أحدهما دفعا يمس شرط التحكيم بينما تربص المجلس الأعلى حتى أصدرت هيئة التحكيم قضاءها لغير صالحه فبادر إلى إقامة الدعوى الماثلة على قول ببطلان شرط التحكيم لأن المنازعة تتعلق بعقد إداري، ولا شك أن مثل هذا الإدعاء يتنافى مع مبدأ وجوب تنفيذ الالتزامات بمبدأ حسن النية وهو مبدأ عام لا يميز بين عقد مدني وعقد إداري، كما انه يتناقض مع المستقر عليه في الفقه وقضاء التحكيم التجاري الدولي من عدم جواز تنصل الدول أو الأشخاص العامة من شرط التحكيم الذي أدرجته في عقودها استنادا إلى أية قيود تشريعية حتى وإن كانت حقيقية، فإن فتح الباب أمام الأشخاص العامة للتحلل من شرط التحكيم الذي أدرجته في العقد المبرم مع الطرف الأجنبي فأن ذلك سيهز ثقة المتعاملين مع تلك الجهات في مصداقيتها ويجلب أوخم الأضرار بغرض الاستثمارات الأجنبية ومشروعات التنمية."[2]

[1]– حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق، المرجع السابق، ص ص 40،42.

[2]– نفس المرجع، ص ص 42،45.

– حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص ص 189،192.

المطلب الثاني:
شروط صحة اتفاق التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي

ليرتب اتفاق التحكيم في العقود الإدارية آثاره باعتباره عقدا، يجب توافر جملة من الشروط الشكلية والموضوعية، لأن هذا الأخير سيؤدي لسلب الاختصاص من قضاء الدولة (القضاء الإداري) وجعل القضاء الخاص المتمثل في قضاء التحكيم هو المختص بالفصل في المنازعات التي تنشأ وتكون متعلقة بهذا العقد، وتتمثل هذه الشروط في الكتابة والتي تعد أهم هذه الشروط، فبوجوده يوجد اتفاق التحكيم وبانعدامها ينعدم هذا الأخير، واستند البعض لتبرير فكرة كتابة اتفاق التحكيم للحاجة الملحة لوجود إثبات يجسد وجود إرادة كلا الطرفين في التحكيم،[1] إلى جانب هذا الشرط توجد جملة أخرى من الشروط متعلقة بكل من الرضا والمحل والأهلية، فاتفاق التحكيم يلزمه كباقي العقود وجود تراض بين أطراف الرابطة العقدية وتمتعهم بأهلية الإبرام، وسنقوم من خلال هذا المطلب ببيان مختلف الشروط اللازمة لصحة اتفاق التحكيم على النحو التالي:

الفرع الأول:
الشروط الشكلية لصحة اتفاق التحكيم

بالنظر لكون اتفاق التحكيم سيؤدي لسلب اختصاص نظر المنازعة من القضاء الوطني المختص للدولة، ومنح سلطة البت في المنازعات التي تنشأ في هذه العقود المتضمنة شرط التحكيم لقضاء التحكيم،وانطلاقا من هذه الخطورة اتجهوا في بروتوكول اتفاقية جنيف لسنة 1923، 1927 لترك الحرية لكل دولة لتحديد الضمانات التي تراها ضرورية للتأكد من وجود هذا الأخير، غير أن الواقع العملي كشف عن تباين في مواقف الدول وهو ما أدى إلى إحداث اضطراب في نتائج التحكيم في العلاقات الدولية، وهو ما جعل من تنظيمها في الاتفاقيات الدولية ضرورة حتمية.[2]

أولا: موقف التشريعات الوطنية من شرط الكتابة في اتفاق التحكيم

---

[1] – Nicolette Kost De Sèvres, Le Consentement à la Convention d`arbitrage Commercial International : évolution et développements récents en droit québécois et en droit International, Mémoire présenté à la Faculté des études supérieure en vue de l`obtention du grade de LL.M en droit, Option droit des affaires, Université de Montréal, Faculté des études supérieures, Québec, Décembre 2005, p 20.

[2] – علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 261.

كان هناك تباين في مواقف الدول بشأن الكتابة كشرط لصحة اتفاق التحكيم، فمثلا الدول اللاتينية أحاطته بضمانات معينة أكثرها شيوعا إخراجه من دائرة التصرفات الرضائية وجعله تصرفا شكليا، وهو ما يؤدي إلى جعل التحكيم مرتبط وجودا وعدما بالكتابة، في حين أن التشريعات الأنجلوسكسونية لم تر مانعا إخراج هذا التصرف من نطاق الشكلية واعتبرت الكتابة شرطا للإثبات فقط.[1]

أ) موقف القانون الفرنسي

نص المشرع قي نص المادة 1443 من المرسوم الفرنسي للتحكيم الداخلي لسنة 1980 على وجوبية كتابة شرط التحكيم في العقد أو في السند الذي يحيل إليه وإلا كان التحكيم باطلا، أما فيما يتعلق بالتحكيم الدولي فهو لم يشترط هذا الشرط،[2] إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك، وهو ما دفع بالفقه للقول لعدم إيراد القانون الفرنسي لأي قاعة تتعلق بالشكل، وهو ما يجعل من الكتابة ليست بالضرورية لصحة اتفاق التحكيم.

لكن هذا الرأي تعرض للانتقاد من ناحيتين، الأولى هو نص المادة 1449 على أنه يشترط لتنفيذ حكم التحكيم تقديم النسخة الأصلية للحكم بالإضافة لاتفاق التحكيم، أما الناحية الثانية فتتمثل في انضمام فرنسا لاتفاقية نيويورك لسنة 1958 والتي تتضمن شرط الكتابة ومن ثم فاتفاق التحكيم يتعين أن يكون مكتوبا.

ب) موقف القانون الإنجليزي

القانون الإنجليزي والقوانين التي سارت في فلكه لم تجعل الكتابة شرطا لصحة اتفاق التحكيم، واكتفت بجعلها شرطا لإثبات اتفاق التحكيم، وهو ما يستنتج من نص المادة السابعة من قانون التحكيم.[3]

ج) موقف القانون الجزائري

بالرجوع لأحكام القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الإدارية، نجد بأن المشرع الجزائري نص صراحة على إلزامية أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا، سواء في الاتفاقية

---

[1]– علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 262.

[2]– خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 293.

–Nicolette Kost De Sèvres, OP. Cit, p 23.

[3]– علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص ص 262،265.

الأصلية أو الوثيقة التي تستند إليها،[1] وحتى في ظل المرسومة الرئاسي رقم 09/93 المتضمن تعديل قانون الإجراءات المدنية نجد بأن المشرع نص كذلك على وجوبية الكتابة،[2] وإن كان هذا الأخير كما سبق الإشارة لم ينص على إمكانية لجوء أشخاص القانون العام للتحكيم في عقودها الإدارية ذات الطابع الدولي.

ثانيا: موقف المعاهدات الدولية من شرط الكتابة في اتفاق التحكيم

أ) موقف اتفاقية نيويورك لسنة 1958

ورد في المادة 2 من اتفاقية نيويورك أن:" تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم الأطراف بمقتضاه بأن يخضعوا كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم...الخ"، وعرفت الفقرة الثانية من ذات المادة المقصود باتفاق التحكيم بقولها:" يقصد باتفاق مكتوب شرط التحكيم في عقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو الاتفاق الذي تضمنته الخطابات المتبادلة أو البرقيات." [3]

وقد اختلف الفقه في تفسير نص المادة السالفة فرأى البعض بأن الكتابة ركن لصحة اتفاق التحكيم، وليست بالعنصر الخارجي المتطلب للإثبات فقط، في حين رأى البعض الآخر بأن الكتابة وفقا لهذه الاتفاقية تعد شرط صحة وليست شرط إثبات، وعلى الرغم من هذا الاختلاف فإننا نرى من خلال نص المادة السالفة الذكر أن الكتابة ركن أساسي يتعين توافره للقول بوجود اتفاق التحكيم وليست مجرد شرط لإثباته.

وأرجع شرط الكتابة المنصوص عليه في اتفاقية نيويورك لتسهيل الاعتراف بقرارات التحكيم خارج بلد المنشأ،[4] وباعتبار أن هناك دولا كانت قوانين الوطنية أكثر تحررا من هذه الاتفاقية بإجازتها أن يكون اتفاق التحكيم شفويا، وهنا ذهب جانب من الفقه للقول بأن المادة السالفة الذكر الحد الأقصى الذي لا يمكن تجاوزه، بعبارة أخرى متى كان القانون الوطني يتضمن نصوصا أكثر شدة من ما جاء في الاتفاقية، كما أن هذه الاتفاقية تمثل الحد الأدنى في ذات الوقت، والذي يتعين أن

---

[1]– المواد: 1040/1012/1008من القانون رقم 09/08.

[2]– المادة 458 مكرر 1 من المرسوم التشريعي رقم 09/93.

[3]– أسرة التحرير، " نصوص وقوانين واتفاقيات التحكيم وطنيا وإقليميا ودوليا"، المرجع السابق، ص 170، عبد الحميد الأحدب، المرجع السابق، ص 151

-Georgios I. Zekos, OP. Cit, p 34,35.

[4] - Nicolette Kost De Sèvres, OP. Cit, p 25.

لا يقبل ما هو أقل مما ورد فيها، في حين ذهب البعض الآخر من الفقه إلى أن الدول لها الإبقاء على قوانينها الوطنية وإن كانت أكثر تحررا، واستندوا في ذلك لنص المادة 7 من الاتفاقية.[1]

وهنا أثير تساؤل عن كلمة "الموقع عليه" فهل هذا يعني ضرورة توقيع الشرط التحكيمي إلى جانب توقيع العقد الأصلي؟ محكمة بال في سويسرا اعتبرت بأن معاهدة نيويورك لو شاءت التوقيع على العقود القائمة على تبادل الرسائل لكانت نصت على ذلك، ومحكمة النقض الإيطالية اعتبرت أن تبادل الرسائل الذي يشكل عقدا لا يشترط توقيعا شخصيا، بل يكفي التأكد من مصدرها.[2]

ب) الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري لسنة 1961

نصت الفقرة الثانية من المادة الأولى من الاتفاقية على أن:" اتفاقية التحكيم الناتجة عن شرط تحكيمي مدرج في عقد، وتلك الناتجة عن اتفاق تحكيمي بموجب عقد أو اتفاق تحكيمي موقع من الفرقاء، أو بموجب رسائل متبادلة أو برقيات أو إبراق بواسطة التلكس، وفي العلاقات ما بين البلدان التي لا تفرض الشكل الكتابي بهذا الصدد تعتبر اتفاقية تحكيم أية اتفاقية معقودة ضمن الأشكال المفروضة بموجب تلك القوانين."[3]

ومن خلال نص المادة نستنتج أن الاتفاقية من حيث المبدأ تطلبت أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا، غير أنها لم تستلزم أن يأخذ اتفاق التحكيم شكلا معينا، غير أنها وضعت استثناء متعلقا بالعلاقات بين الدول التي لا تفرض الشكل الكتابي، وهنا اعتبرت الاتفاقية أن اتفاقية التحكيم هي التي تكون معقودة ضمن الأشكال المفروضة بموجب تلك القوانين.

ج) اتفاقية القانون النموذجي للتحكيم الدولي

نصت الفقرة الثانية من المادة السابعة على أنه:" يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا، ويعتبر الاتفاق مكتوبا إذا ورد في وثيقة موقعة من الطرفين أو في تبادل رسائل أو تلكسات أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال السلكي واللاسلكي تكون بمثابة سجل اتفاق، أو في تبادل المطالبة والدفاع التي يدعي فيها أحد الطرفين وجود اتفاق ولا ينكره الطرف الآخر. وتعتبر الإشارة في عقد

[1]– تنص المادة 7 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958:" لا تخل أحكام هذه الاتفاقية بصحة الاتفاقات الجماعية أو الثنائية التي أبرمتها الدول المتعاقدة بشأن الاعتراف لأحكام المحكمين وتنفيذها ولا تحرم أي طرف من حقه في الاستفادة بحكم من أحكام المحكمين بالكيفية أو بالقدر المقرر في تشريع أو معاهدات البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ.".

[2]– عبد الحميد الأحدب، المرجع السابق، ص ص 152،153.

[3]- أسرة التحرير، " نصوص وقوانين واتفاقيات التحكيم وطنيا وإقليميا ودوليا"، المرجع السابق، ص 175.

−Nicolette Kost De Sèvres, OP. Cit, p 29.

ما إلى مستند يشتمل على شرط التحكيم بمثابة اتفاق تحكيم، شريطة أن يكون العقد مكتوبا وأن تكون الإشارة قد وردت بحيث تجعل ذلك الشرط جزاء من العقد."[1]

الفـــرع الثـــانـــي:
الشروط الموضوعية لصحة اتفاق التحكيم

إلى جانب الشروط الشكلية يتعين لصحة اتفاق التحكيم توافر جملة من الشروط الأخرى، وهي الشروط الموضوعية المعروفة في كل العقود، وهي شروط متعلقة بالرضا والمحل والأهلية سنقوم من خلال هذا الفرع ببيان مختلف هذه أحكام مختلف هذه الشروط على النحو التالي:

أولا: الـــرضـــا

لا ينعقد اتفاق التحكيم إلا بتوافر رضا الطرفين، فاتفاق التحكيم عقد رضائي لذا يجب أن لا يشوب إرادة الطرفين عيوب الرضا،[2] ويستلزم الرضا في التحكيم أن يكون هناك إيجاب صادر من أحد الطرفين يقابله قبول من الطرف الآخر،[3] وتبرز أهمية الرضا في اللجوء إلى التحكيم كطريق بديل لحل منازعات العقود الإدارية، لكونه استثناء من الأصل العام والذي يجعل من القضاء سبيلا لتسوية كافة المنازعات.[4]

وإذا كان الرضا لا تثير إشكالية في العقود باعتبار أن الطرفان سينتهيان في النهاية لوضع اتفاقية مكتوبة سواء جاءت في صلب العقد أو في وثيقة مستقلة عنه، لكن الصعوبة تثار في حالة ما إذا اقتصر اتفاق التحكيم على المراسلات المتبادلة والبرقيات...الخ، وحتى يقع الإيجاب صحيحا لابد أن يشير صراحة إلى كون الهدف من وراء اتفاق التحكيم هو تنحية النزاع عن ولاية القضاء وأن يتم تحديد النزاع بدقة.

والأصل أن صاحب الرسالة غير ملزم بالبقاء على إيجابه، بل يمكنه الرجوع عنه مادام الموجه إليه لم يقبله، لكن الوضع مختلف في حالة تحديد مدة معينة فإنه يتعين عليه البقاء على إيجابه، ولا يستطيع الرجوع عن إيجابه طوال المدة المتفق عليها، أما القبول الذي ينعقد به اتفاق

---

[1]- عبد الحميد الأحدب، المرجع السابق، ص 152.

[2]- فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 122.

[3]-Nicolette Kost De Sèvres, OP. Cit, p 14.

[4]- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، المرجع السابق، ص 35.

التحكيم فهو القبول الصادر ممن وجه إليه الإيجاب ويشترط فيه أن يكون مطابقا للإيجاب مطابقة تامة في كل ما تناوله من مسائل (جوهرية أو ثانوية) وأن يصدر القبول خلال الأجل المحدد.[1]

وقد ذهب بعض الفقه إلى أن نشأة التحكيم يمكن أن لا تستند إلى عقد خاص بين الطرفين، وإنما يمكن أن تستند لاتفاقية دولية بين الطرفين تتعلق بحماية الاستثمار وفيها بند ينص على إحالة خلافات الاستثمار إلى التحكيم، وقالوا أن الاستثمار بمثابة إيجاب من الدولة يتضمن موافقتها على اللجوء إلى التحكيم في النزاعات المتعلقة بالاستثمار، وهنا إذا لجأ المستثمر الأجنبي للتحكيم فهنا يكون تلاق بين الإيجاب والقبول، واستند هذا الاتجاه لتأييد قضاء التحكيم له في عدة قضايا.[2]

وكمثال على ذلك نورد قضية شركة AAPL ضد حكومة سريلانكا، وتتلخص وقائع القضية في اتفاق الشركة السالفة الذكر وهي من هونج كونج مع سريلانكا بمقتضاه تقوم هذه الشركة بتطوير وسائل حفظ المأكولات البحرية، ولم يتضمن هذا العقد شرطا بعرض النزاع على التحكيم، إلا أن القوات المسلحة السريلانكية هدمت الشركة، مع العلم أن كل من هونج كونج وسريلانكا قد انضمتا لاتفاقية تسوية منازعات الاستثمار والتي أنشأت المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ICSID، وهنا قامت شركة AAPL برفع دعوى أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، وهنا دفعت حكومة سريلانكا بعدم اختصاص المركز بنظر النزاع استنادا لعدم وجود اتفاق تحكيم، غير أن محكمة التحكيم أعلنت اختصاصها بنظر النزاع استنادا لاتفاقية الاستثمار، وهو ما اشتهر في فترة التسعينيات بين مراكز التحكيم الأوروبية والأمريكية، وقد أوضح مركز ICSID أن اختصاص المركز يصبح آليا دون حاجة لعقد تحكيمي لأنه يبني اختصاصه على اتفاقية حماية الاستثمار والتي تحيل إلى حل المنازعة بواسطة التحكيم لدى مركز ICSID.

غير أنه وكما سبق القول فإن الاتفاقية نصت على وجوب أن يكون هناك اتفاق تحكيم مكتوب، غير أنها لم تحدد الشكل الذي يجب أن تأخذه، وقبول الدولة اتفاقية حماية الاستثمار عن طريق فض المنازعات الناشئة عنه بواسطة التحكيم، لا يضعه موضع التنفيذ إلا باتفاق الأطراف على اللجوء إليه في العقد التحكيمي.

وهو ما يمكننا استنتاجه من القانون المتضمن تطوير الاستثمار إخضاع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية للجهات القضائية المختصة، غير انه وضع استثناء وهو حالة وجود اتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف تكون الدولة الجزائرية قد أبرمتها متعلقة بالمصالحة

[1]– علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص ص 271،272.
[2]– علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 272.

والتحكيم، أو في حالة وجود بند تسوية يسمح للطرفين التوصل إلى اتفاق بناء على تحكيم خاص،[1] فالمادة السالفة الذكر تبين أن اللجوء إلى التحكيم هو استثناء لأن الأصل هو اللجوء إلى الجهات القضائية المختصة في الدولة، ويكون في حالتين الأولى هو وجود اتفاقية بين الدولة الجزائرية وبين المستثمر الأجنبي والثانية وهي وجود بند يسمح للطرفين باللجوء إلى تسوية بناء على تحكيم خاص، ومن ثم فوجود عقد تحكيمي ضرورة حتمية.

ثـــــانــيـــا: الـــــــمــحـــل

ومحل اتفاق التحكيم هو موضوع النزاع،[2] ويشترط القانون في محل العقد أن يكون مشروعا غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، وإلا وقع اتفاق التحكيم باطلا، والحكمة من عدم جواز الاتفاق على التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام كون هذه المسائل خاضعة لرقابة السلطة العامة وإشرافها والتي يعنيها أن تسري عليها قواعد محددة وهو الأمر الذي لا يتحقق في حالة اللجوء للتحكيم بصدد هذه المسائل.[3]

وهناك عدة صيغ وضعتها مؤسسات تعنى بشؤون التحكيم، وتعنى هذه الشروط بالشروط النموذجية، مثال ذلك الشرط النموذجي الذي وضعته الغرفة التجارية الدوليةI. C .C وهو كما يلي:" إن جميع الخلافات الناجمة عن هذا العقد يتم حسمها نهائيا، وفقا لنظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية من قبل محكم واحد أو أكثر يتم تعيينهم طبقا لذلك النظام."، وكذلك وضعت لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة UNCTRAL في قواعدها الخاصة بالتحكيم شرطا نموذجيا كما يأتي:" كل نزاع أو خلاف أو مطالبة تنشأ عن هذا العقد أو تتعلق به أو بمخالفة أحكامه أو فسخه أو بطلانه يسوى بطريق التحكيم وفقا لقواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي كما هي سارية المفعول حاليا."[4]

وباعتبار أن فكرة النظام العام تختلف من دولة إلى أخرى رفض مؤتمر الأمم المتحدة الذي وضع اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية تحديد المسائل التي يجوز التحكيم فيها، ولهذا يأخذ قضاء التحكيم بفكرة النظام العام الدولي، فالمحكمون مكلفون بحماية المصالح العليا في المجتمع الدولي، ومتى كان اتفاق التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي فقد

---

[1]- المادة 17 من الأمر رقم 03/01.
[2]- فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 125.
[3]- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، المرجع السابق، 38.
[4]- فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص ص 126/125.

رأت بعض أحكام التحكيم ببطلان اتفاق التحكيم ومن ثم عدم اختصاص محكمة التحكيم بنظر النزاع، في حين أن بعض أحكام التحكيم قررت اختصاص محكمة التحكيم بنظر النزاع وكمثال عن الاتجاهين السابقين نورد المثالين التاليين:

*** قضية الحكومة الأرجنتينية ضد شركة بريطانية**

وتتلخص وقائع القضية في إعلان الحكومة الأرجنتينية عن مناقصة دولية من أجل إقامة محطة كهربائية بها، ومن بين من تقدموا لتلك المناقصة شركة بريطانية تعاقدت مع وسيط أرجنتيني للسعي لدى حكومته لإرساء الصفقة عليه في مقابل حصوله على قيمة 10% من قيمة العقد، غير أن المجهودات التي بذلها هذا الوسيط لم تفلح فقد تم إرسال الصفقة لصالح شركة ألمانية، غير أنه وإثر سقوط النظام السياسي في الأرجنتين قامت الحكومة الجديدة بالإعلان عن مناقصة أخرى واستطاعت الشركة البريطانية الحصول عليها، وطالب الوسيط الشركة البريطانية العمولة التي سبق الاتفاق عليها على أساس أن تعاقدها كان نتيجة لمجهوداتها السابقة، غير أن الشركة البريطانية رفضت ذلك، وتم اللجوء إلى غرفة التجارة الدولية بباريس، وبعد اطلاع المحكم على المستندات تبين للمحكم أن العقد المبرم بين الطرفين المتنازعين كان بقصد دفع رشاوى للموظفين من أجل رسو المناقصة على الشركة البريطانية، وبالرغم من الجهود التي قام بها الوسيط إلا أنه لا يمكن التغاضي عن كون العمولة المتفق عليها رشوة، وأنه بوجود مبدأ قانوني عام معترف به من قبل الأمم المتحضرة هو أن العقود التي تنتهك بشدة النظام العام الدولي عقود غير صحيحة، وتنطوي على انتهاك شديد للنظام العام الدولي، لا يمكن أن يكون محل للتحكيم ومن ثم فقد فقدوا كل حق في اللجوء إلى العدالة وانتهت محكمة التحكيم لعدم اختصاصها.

*** قضية الحكومة الإيرانية ضد مشروع فرنسي**

وتتلخص وقائع هذه القضية في تعاقد إحدى المشروعات الفرنسية مع وسيط إيراني كي يستخدم نفوذه لدى حكومته لتمكينها من القيام بتنفيذ عقد الأشغال العامة، وهنا اتفق الطرفان على عمولة يتم دفع نصفها عند التعاقد على أن يتم دفع النصف الآخر عند إتمام الصفقة، وقد نجحت مساعي الوسيط وتعاقد المشروع الفرنسي مع الحكومة الإيرانية، وهنا تنكر المشروع الأجنبي للوسيط ولم يدفع له الجزء المتبقي من العمولة، وباعتبار أن العقد تضمن عرض النزاع على غرفة التجارة الدولية بباريس وهو ما تم بالفعل، وفي الحكم التحكيمي انتهى المحكم إلى أنه على الرغم من أن المدعي وهو الوسيط رفض الكشف عن طبيعة مهمته لدى الحكومة الإيرانية إلا أنه استخلص من خلال وقائع القضية موضوع النزاع كان من كبار الموظفين العموميين، وكان له تأثير كبير على صانعي القرار وهو ما أدى لنجاح تعاقد المشروع الفرنسي دون غيره من

المشروعات....الخ، وباعتبار أنه صدرت عدة تشريعات متعاقبة لمكافحة الرشوة واستغلال النفوذ في بلد الوسيط، ولما كان العقد محل النزاع يخالف النظام العام الدولي، فإن محكمة التحكيم قضت ببطلانه ورفضت طلب المدعي.[1]

ونرى بأن الاتجاه الثاني (الاتجاه القاضي باختصاص محكمة التحكيم بنظر النزاع) هو الاتجاه الصحيح، فعلى المحكم نظر النزاع المطروح عليه وإن كان يحمل في طياته مخالفة للنظام العام الدولي، وأن يقضي ببطلان حكم التحكيم، لاسيما وأن المشرع الجزائري نص صراحة على أن المحكم يتخلى عن النزاع بمجرد الفصل فيه.[2]

ثـــــالــــــثــا: الأهـــــــلـــيــــة

لا يصح اتفاق التحكيم إلا إذا كان تعبيرا عن إرادة حرة لطرفيه، فإنه يتعين أن يكون أطرافه سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو معنويين ممن يملكون حق التصرف في حقوقهم،[3] إعمالا لنص المادة 1006 ق.إج.م.إد والتي تنص:" يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها."، وقد أخذت معاهدتي نيويورك والقانون النموذجي للتحكيم الدولي أن يكون موقع العقد متمتعا بالأهلية من أجل تنفيذ الحكم التحكيمي وإلا كان الحكم التحكيمي قابلا للإبطال.[4]

ومن أهم المشاكل التي أثارها اتفاق التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي هو أهلية الدولة وقدرتها على إبرام اتفاق التحكيم، وإن كان المشرع الجزائري قد نص على إمكانية اللجوء إلى التحكيم في مثل هذه العقود، إلا أن بعض التشريعات لم تنص صراحة على ذلك، ولذلك ذهب بعض الفقه للقول بأن الدولة تتمتع بالأهلية لإبرام اتفاق التحكيم وأرجعوا ذلك لقيام الدولة بإدارة مشروعات اقتصادية عملاقة ومؤسسات كبيرة ذات نفع عام فإذا كانت تفتقر إلى الأهلية لما كانت لها القدرة على إدارتها، فالواقع يثبت تمتع الدولة بالأهلية الكاملة في إدارتها لأموالها العامة والخاصة، وهو ما يعطيها الحرية التعاقدية في إبرام اتفاقات التحكيم المتعلقة بتلك الأموال وتكون هذه الأخيرة صحيحة، واستندوا في ذلك لكونه تصرف قانوني غير مخالف للنظام العام الدولي، وهو المرجع الذي ينبغي الاستناد إليه للحكم بصحة أو بطلان اتفاق التحكيم.

---

[1]– علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص ص 298/296.

[2]– المادة 1030 من القانون رقم 09/08.

[3]– خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 291.

- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، المرجع السابق، ص 39.

- فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 115.

3– عبد الحميد الأحدب، المرجع السابق، ص 173.

بالنسبة للمشرعين الكويتي والجزائري فقد حددا الأهلية اللازمة لإبرام اتفاق التحكيم بأنها أهلية التصرف وذلك من خلال نص المادة 3/173 من قانون المرافعات الكويتي والتي تنص على:" ولا يصح التحكيم إلا ممن له أهلية التصرف في الحق المتنازع عليه.." ونص المادة 1/1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه:" يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها."، ويرجع استلزام أهلية التصرف لكون اتفاق التحكيم يعني التنازل عن الحق في اللجوء إلى قضاء الدولة بما يوفره هذا الأخير من ضمانات تقليدية للتقاضي، إلى جانب أنه قد يترتب عليه فقدان الحق المتنازع عليه إذا قضى المحكمون لغير صالحه.[1]

لقد نصت المادة 2/177 من القانون السويسري على أنه:" إذا كانت الدولة أو أحد الأشخاص التابعة لها طرفا في اتفاق التحكيم فإنها لا تستطيع أن تستند إلى قانونها الوطني لتثبت عدم أهليتها على الاتفاق على التحكيم"، وهو ما أيدته محكمة استئناف باريس باعتبارها تنظر الطعون في أحكام التحكيم التي تصدر عن غرفة التجارة الدولية في باريس في أكثر من حكم.[2]

يتعين الإشارة في هذا الصدد إلى أن بعض التشريعات نصت أنه للجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية يتعين أولا الحصول على ترخيص بذلك ومثال ذلك نص المادة الثانية من قانون التحكيم المصري 9 لسنة 1994 على أنه بالنسبة للعقود الإدارية يكون اتفاق التحكيم فيها بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك،[3] ونص المادة الثالثة من المرسوم الملكي رقم 46 المتضمن نظام التحكيم في المملكة العربية السعودية على:" لا يجوز للجهات الحكومية اللجوء للتحكيم لفض منازعاتها مع الآخرين إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء، ويجوز بقرار من مجلس الوزراء تعديل هذا الحكم."[4]

وفيما يتعلق بموقف القضاء من حكم اتفاق التحكيم في حالة ما إذا لم يتضمن هذه الموافقة فيما إذا لحقه البطلان أم أنه يظل صحيحا ومنتجا لجميع آثاره؟ انقسم الفقه إلى قسمين ذهب البعض إلى أن إقدام الشخص المعنوي على إبرام اتفاق التحكيم دون الحصول على موافقة الجهة المختصة يعد من قبيل الخطأ المرفقي ويرتب مسؤولية هذا الأخير قبل المتعاقد الآخر، ويكون اتفاق التحكيم في

---

[1]– خالد عبد الحميد، " نطاق القوة الملزمة لاتفاق التحكيم"، مجلة معهد القضاء، معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية، الكويت، السنة السابعة، العدد السادس عشر، ديسمبر 2008، ص 18.

[2]– مثال ذلك الحكم الصادر في 13 يونيو 1996 حيث قررت أنه أيا كان الحظر المفروض على الدولة لإبرام اتفاق التحكيم فإن هذا الحظر يبقى مقيدا بالنسبة للعقود التي تتم وفقا للنظام الداخلي وليست تلك المتعلقة بالنظام العام الدولي، ومن ثم لا يمكن للدولة أن تتملص من عقد قد أبرمته وتضمن اتفاق التحكيم استنادا لكون قانونها الوطني يمنعها من ذلك، كون هذا الاتفاق قد ورد في عقد دولي، بالإضافة أن إبرام الدولة لاتفاق التحكيم بالرغم من الحظر الوارد في قانونها الوطني يعتبر تنازلا من جانبها عما قرره القانون الوطني لمصلحتها.

– علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص ص 300،301.

[3]– نفس المرجع، ص 302.

[4]– أسرة التحرير، " نصوص وقوانين واتفاقيات التحكيم وطنيا وإقليميا ودوليا"، المرجع السابق، ص 68.

هذه الحالة عديم الأثر، في حين ذهب البعض الآخر للقول أنه متى لجأ الشخص المعنوي العام إلى إبرام اتفاق التحكيم دون الحصول على موافقة الوزير المختص فإنه يصبح ملزما به.[1]

وانقسم الفقه حول طبيعة البطلان المترتب عن نقص الأهلية لاتجاهين: الأول قال بأنه إذا رضي بالتحكيم من لا يملك التصرف فإن عقد التحكيم يكون باطلا بطلانا مطلقا، وتكون إجراءات التحكيم باطلة بطلانا يتعلق بالنظام العام، في حين أن الاتجاه الثاني قال بأن البطلان الناشئ عن نقص الأهلية هو بطلان نسبي لا يتعلق بالنظام العام،[2] وبالرجوع لأحكام اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين لا نجد نصا يحدد القانون الواجب التطبيق على الأهلية ومن ثم فواضعو الاتفاقية تركوا تقدير أهلية أطراف التحكيم للقانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع في قانون الدولة المطلوب إليها التنفيذ، ونرى أن السبب الكامن وراء ذلك هو تخوف واضعي الاتفاقية من الدخول في مسألة تنازع التكييف، ونظرا كذلك لاختلاف قواعد الإسناد ولتعذر وضع نصوص موحدة.

وبالرجوع للأحكام التحكيمية الصادرة في هذا الخصوص نجد بأنها تقضي بصحة اتفاق التحكيم على الرغم من عدم الحصول على الترخيص الذي يشترطه القانون الوطني للدولة، وهو ما يمكننا استنتاجه من مختلف الأحكام الصادرة والتي لم تحصل فيها الدولة على الترخيص وهناك العديد من الأمثلة على ذلك: كقضية المشروع العام السوري ضد الشركة الألمانية، وكذلك قضية Framatome ضد الهيئة الإيرانية للطاقة الذرية وكذلك قضية الهيئة العامة التونسية ضد شركة من جزر الأنتيل الهولندية، وقد رآى جانب من الفقه بأن اتجاه أحكام التحكيم منطقي وصحيح لأن تمسك الشخص المعنوي العام بالقيود المفروضة عليه في تشريعه الداخلي لا يعد بالحجة المقنعة، فمن الناحية القانونية فالاستناد لهذه القيود يعد مخالفة لمبدأ حسن النية والذي كما سبق وأن بينا يفرض على الطرفين المتعاقدين الالتزام بتنفيذ تعهداتهما، أما من الناحية العملية فإعمال هذه القيود سيؤدي إلى اهتزاز الثقة وهو ما سيلحق الأضرار البالغة في مثل هذه التعاملات.

وقد قال جانب من الفقه بأن الجزاء المترتب على عدم الحصول الإدارة المتعاقدة على الموافقة جزاء تأديبي ينظمه القانون الذي يحكم العلاقة بين الإدارة والوزير المختص.[3]

---

[1]– علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 303.

[2]– خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 292.

[3]– علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص ص 304،309.

الفصل الثاني

الدعوى التحكيمية في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي

لما كان التحكيم قضاء خاصا يستند لإرادة الأطراف المتنازعة، فإن الخصومة التحكيمية تبدأ بمجرد أن يعلن أحد أطراف العقد رغبته في تحريك إجراءات التحكيم ضد الطرف أو الأطراف الآخرين في الرابطة العقدية.

وتبدأ المهمة المسندة لهيئة التحكيم بنظر النزاع القائم بين الأطراف المتنازعة، بالبحث عن القانون الواجب التطبيق على هذا النزاع، باعتبار أن العقود الإدارية ذات الطابع الدولي تتصل بأكثر من نظام قانوني واحد، وهو ما يثير التساؤل عن القانون الواجب التطبيق بشأنها، لأنها قد تؤدي إلى الدخول في مشاكل تنازع القوانين في نطاق القانون الدولي الخاص، وتبرز أهمية هذا الاختيار في الآثار الناجمة عن العقد، فيما يتعلق بتنفيذ العقد أو عدم تنفيذه، و فيما يتعلق بحقوق الطرف المتضرر المترتبة عن فسخ العقد.

كما أن أهمية تحديد القانون الواجب التطبيق له آثار أخرى ذات أهمية بالغة منها ما يتعلق بمدى إمكانية تعديل شروط العقد نتيجة لتغير الظروف، وكذا كيفية تطبيق نظرية الظروف الطارئة، كما أن أهمية تحديد القانون الواجب التطبيق تمتد للقواعد الواجبة التطبيق بصدد التعويض المستحق للطرف المتضرر، فهل سيقتصر التعويض على ما لحقه من أضرار؟ أم أنه سيشمل ما فاته من كسب؟

وبعد تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع تستمر إجراءات التحكيم إلى غاية الوصول للغاية المنشودة من هيئة قضاء التحكيم وهي صدور القرار التحكيمي البات في النزاع، وسنقوم في هذا الفصل ببيان كيفية إصدار هذا الأخير، وكذا كيفية الطعن في هذه الأخير باعتبار أن هذا الأخير قد يكون مشوبا بعيب وهو ما يعطي للطرف المتضرر منه الحق في الطعن فيه بالبطلان مبرزين الأوجه المختلفة للطعن بالبطلان وكيفية تنظيم القوانين لدعوى البطلان، وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على العقود الإدارية ذات الطابع الدولي.

المبحث الثاني: حكم التحكيم وفعاليته الدولية.

المبحث الأول:

القانون الواجب التطبيق على العقود الإدارية ذات الطابع الدولي

أحد أهم المسائل التي تثيرها العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، وهي تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعة المعروضة على هيئة التحكيم، ولا تتمثل هذه الأهمية في مجرد تفضيل لأحد الأنظمة القانونية التي تحكم الرابطة العقدية دون باقي الأنظمة، لكن الأهمية تكمن فيما سيرتبه هذا الاختيار من نتائج بالغة الأهمية تتعلق بالآثار القانونية المترتبة على العقد من تنفيذ هذا الأخير من عدم تنفيذه، وأيضا فيما يتعلق بحقوق الطرف المتضرر في فسخ العقد، وكذلك في مدى إمكانية تعديل العقد بالإرادة المنفردة من عدمه.

عند إبرام العقود الإدارية ذات الطابع الدولي قد تقوم الأطراف المتعاقدة بالنص صراحة على القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي تنشأ بصدد تنفيذ هذا العقد، وقد يأخذ هذا الاختيار صورة الاختيار الصريح كما أنه قد يأخذ صورة الاختيار الضمني، غير أن الأطراف المتعاقدة قد تغفل تحديد هذا القانون الواجب التطبيق على منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، وهنا تظهر الصعوبة في تحديد هذا الأخير، وهنا نجد بأن الآراء الفقهية كما سيأتي بيانه قد اختلفت في تحديد القانون الواجب التطبيق.

المطلب الأول:

اتفاق الأطراف المتعاقدة على القانون الواجب التطبيق

بالرجوع للقوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام التحكيم نجد بأنها تقر بحرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، استنادا لمبدأ سلطان الإرادة والذي عرف رواجا كبيرا في القران التاسع عشر، والذي بموجبه إن شاءت الإرادة فإن العقد لا يخضع لأي قانون، وإن شاءت أخضعته لقانون تختاره، وقد كان لهذا المبدأ تأثير بالغ في آلية القانون الدولي الخاص الذي اعتبر التقاء الإرادات المتعاقدة كافيا بحد ذاته ليكون مصدرا للالتزام.[1]

---

[1]- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص ص 299،298.
- محمد وليد هاشم المصري، المرجع السابق، ص 169.
- محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، دار الكتب القانونية، مصر، د ط، 2008، ص 113 و ص 149.
- Salah Eldin Gamal Eldin, OP.Cit, p 74.

وقد نوه الفقهاء بأن تحديد القانون الذي يحكم العقد واختياره صراحة بالغ الأهمية فقد قال الأستاذ Niboyet أن إغفال النص الصريح على اختيار القانون الذي يحكم العقد من شأنه أن يؤدي إلى إخضاع العقد لقانون قد يخل بتوقعات الأطراف. [1]

ولما كانت بعض العقود الإدارية ذات الطابع الدولي تتضمن تحديدا للقواعد الواجبة التطبيق إما بطريقة مباشرة وإما بطريقة غير مباشرة بأن تشير إلى الوسيلة التي من خلالها يمكن من خلالها تحديد هذه القواعد، نتناول ذلك على النحو التالي:

الـــــــــــفــــــــــرع الأول:

موقف التشريعات الوطنية والمعاهدات الدولية من اختيار القانون الواجب التطبيق

انقسم الفقه بشأن حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق إلى اتجاهين، يرى الاتجاه الأول أن للمتعاقدين الحرية الكاملة في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم دون أي قيود، وكل ما تطلبوا توافره كون الاختيار قائما على حسن النية، ومتى توافر حسن النية فيتعين تطبيق القانون الذي اختاره الأطراف حتى ولو كان الأخير عديم الصلة بالعقد، وذهب البعض الآخر من الفقه إلى أن حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق مقيدة بكون القانون المختار مرتبطا بالعقد ارتباطا حقيقيا، ومتى كان القانون الواجب التطبيق بعيد الصلة عن العقد فإنه يجب على المحكم إهماله وطرح القانون المختار جانبا واختيار قانون آخر يكون أكثر اتصالا بالعقد من الناحية الواقعية.

حاول بعض الفقه التوفيق بين الاتجاهين السابقين فذهبوا إلى أن إرادة المتعاقدين في الاختيار ليست بالمطلقة، كما أنها ليست مقيدة واشترطوا لصحة الاختيار أن تكون هناك صلة بين القانون المختار والعقد ويتحقق ذلك باختيار قانون جنسية أو موطن أحد المتعاقدين أو قانون مكان إبرام أو تنفيذ العقد.[2]

وسنقوم من خلال هذا الفرع ببيان موقف مختلف التشريعات الوطنية وكذا المعاهدات الدولية من اختيار القانون الواجب التطبيق وذلك على النحو التالي:

---

[1]- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص ص 342،343.
[2]- نفس المرجع، ص ص 347،346.



أولا: موقف التشريعات الوطنية من اختيار القانون الواجب التطبيق

أخذت القوانين الوضعية المتعقلة بالتحكيم بمبدأ استقلالية الإرادة ونصت على حق الأطراف المتعاقدة في اختيار القانون الذي يحكم العلاقة التعاقدية بينهم، ونص القانون الجزائري على أن محكمة التحكيم تفصل في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف،[1] وهو ما ذهب إليه المشرع المصري في قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 في نص المادة 1/39 وقد أضاف المشرع في نص هذه المادة أنه إذا اتفق الطرفان على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك.[2] وهو ما أخذ به المشرع الفرنسي في نص المادة 496 من قانون التحكيم الفرنسي.[3]

ثانيا: موقف المعاهدات الدولية من اختيار القانون الواجب التطبيق

بالرجوع إلى أحكام اتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المعقودة بجنيف بتاريخ 21 نيسان 1961 نجد بأنها أقرت مبدأ استقلالية الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق بنصها:" إن الفرقاء أحرار في تحديد القانون الذي يقتضي على الحكام تطبيقه بصدد أساس النزاع...الخ"،[4] كما أن اتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى قد كرست كذلك مبدأ استقلالية إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق وهو ما يمكننا استنتاجه من خلال أحكام المادة 42 منها حيث نصت هذه الأخيرة على ما يلي:" تحكم المحكمة في النزاع وفقا للقواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان ...الخ" .[5]

كما أن القانون النموذجي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 1985 نص على أن:" تفصل محكمة التحكيم في النزاع طبقا للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع، وأي اختيار لقانون دولة ما أو لنظامها

---

[1]- المادة 1050 من القانون رقم 09/08.

[2]- ممدوح طنطاوي، التوفيق والتحكيم ولجان فض المنازعات الغرف التجارية ومراكز التوفيق والتحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2003، ص 108.

[3]- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 344.

[4]- أسرة التحرير، " نصوص وقوانين واتفاقيات التحكيم وطنيا وإقليميا ودوليا"، المرجع السابق، ص 178.

[5]- نفس المرجع، ص 191.

القانوني يجب أن يؤخذ على أنه اختيار مباشر للقواعد القانونية الموضوعية لهذه الدولة وليس لقواعدها الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يتفق الأطراف صراحة على خلاف ذلك." [1]

مما سبق نرى بأن المعاهدات الدولية قد كرست صراحة من خلال أحكام نصوصها القانونية مبدأ استقلالية الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، ومن هنا للأطراف اختيار نظام قانوني متكامل لكي ينطبق على التحكيم، أو أن يشترطوا تطبيق طائفة معينة من القواعد القانونية، فعلى سبيل المثال يمكن للأطراف اختيار نظام قانوني لأي من الطرفين أو كليهما أو حتى قانون دولة ثالثة، كما أنه يمكن للأطراف الاتفاق على فض منازعاتهم طبقا للمبادئ العامة للقانون أو بعض القواعد السائدة في نظام قانوني معين،[2] والصعوبة التي تنشأ في هذا الصدد عند قيام الأطراف باختيار قانون دولة بعينها، فإن التساؤل الذي يطرح في هذا الخصوص هو هل المقصود بهذا القانون هو القانون وقت انعقاد عقد الاستثمار؟ أم في الوقت الذي يكون عليه هذا العقد وقت انعقاد العملية التحكيمية؟

الإجابة عن هذا التساؤل متوقفة على ما إذا ضمن الأطراف المتعاقدة عقدهم شرطا يقضي بتجميد العلاقة فيما بينهم هو شرط الثبات التشريعي Stabilization Clause أم لا؟ وقد انقسم الفقه بصدد صحة تضمين عقود الاستثمار هذا الشرط إلى اتجاهين، ذهب الاتجاه الأول إلى عدم صحة شرط الثبات التشريعي وبطلانه على أساس أنه يحد من سلطة الدولة وينقص من سيادتها في سن التشريعات الداخلية لاسيما إذا تعلق الأمر بتشريعات تنظيم استثمار الموارد الطبيعية في الدولة، بالإضافة لذلك فشرط الثبات التشريعي يحد من حرية الدولة في مواجهة ظروف الاستثمار المختلفة في ظل المتغيرات الاقتصادية الدولية، كما يعتبر الفقيه Khan. Pn أن تجميد القانون مناف للحركية التي هي لصيقة بطبيعة الأشياء والكون ،[3] كما أن أنصار هذا الاتجاه استندوا في رفضهم لصحة شرط الثبات التشريعي لأنه شرط يؤدي لتجميد القانون الوطني، فالعقود الإدارية ذات الطابع الدولي عقود طويلة المدة ومن ثم فالقواعد التي تحكمها تتغير بطبيعتها تبعا للظروف التي تحيط بها، فعدم الثبات الذي تتميز به هذه العقود يوجب تضمين العقد شروطا تدعوا الأطراف لمراجعتها.[4]

ويرى الاتجاه الثاني أن شرط الثبات التشريعي صحيح واستندوا لعدم وجود تعارض بين هذا الشرط واعتبارات سيادة الدولة لأن الدولة ارتضت بمحض إرادتها بهذا الشرط، ومن ثم يتعين عليها احترام اتفاقاتها المبرمة مع المستثمرين الأجانب، ومن ثم يتعين أن يكون القانون الواجب

---

[1]- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 345.
[2]- جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص 59.
[3]- حسن طالبي، المرجع السابق، ص 125.
[4]- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص 358.

التطبيق هو ذلك الموجود وقت انعقاد اتفاق الاستثمار،[1] كما استند أنصار هذا الاتجاه لقاعدة استقلالية شرط التحكيم عن العقد الذي يتضمنه فقياسا على هذه القاعدة يتمتع شرط الثبات التشريعي الوارد في العقد المبرم بين الدولة والمستثمر الأجنبي بذاتية واستقلالية مستمدة من وجود قاعدة قانونية من قواعد القانون

الدولي الخاص، كما استندوا للمبادئ المستقرة في القانون لاسيما مبدأ قدسية العقود وعدم المساس بها.[2]

وتؤيد الأحكام التحكيمية الصادر عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الاتجاه القائل بصحة شرط الثبات التشريعي وأن القانون الواجب التطبيق هو القانون الموجود وقت انعقاد اتفاق الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي، ومثال ذلك الحكم الصادر في قضية Congo ضد AGIP وتتلخص وقائع هذه القضية في إبرام حكومة الكونغو عقدا مع الشركة السالفة الذكر (المدعية) تضمن شرطا يقضي بتجميد القواعد القانونية المطبقة على الاتفاق وعدم تأثره بأي تغيير أو تعديل في القوانين التي تصدرها دولة الكونغو، وقد جاء الحكم التحكيمي الصادر عن المركز قاضيا بإمكانية بسلطة الدولة في تغيير تشريعاتها الداخلية كنتيجة حتمية لتمتعها بالسيادة، غير أنه متى ضمنت اتفاقية الاستثمار شرطا يقضي بتجميد العلاقة في الوقت الذي انعقدت فيه، فإن القوانين الجديدة لا تؤثر ولا تنتقص من الالتزامات التعاقدية للدولة. [3]

وفي حالة تضمين الأطراف لشرط الثبات التشريعي فإن هذا يدل على أن الأطراف المتعاقدة استبعدت أحد الأفكار الحديثة التي يطلق عليها نظرية العقد بلا قانون Contract Sans Lois التي مفادها أن للدولة المتعاقدة أو الطرف الأجنبي المتعاقد معها أن يقوما بإدراج تنظيم كامل مفصل لكافة جوانب علاقتهم في العقد، وفي حالة نشوء نزاع يلجأ لهذا النظام، ويفلت العقد حتى في تفسيره من تطبيق أي نظام قانوني سواء كان وطنيا أو دوليا.[4]

الـــــــفـــــــرع الـــــثـــــانـــــي:

صور الاتفاق على القانون الواجب التطبيق في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي

---

[1]- جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص ص 59،60.
[2]- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص 345.
[3]- جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص ص 60،61.
[4]- صلاح الدين جمال الدين، محمود مصيلحي، الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية،دار الفكر الجامعي، الأزاريطة، د ط، 2004، ص

بالنظر للتنوع الهائل في العمليات التعاقدية الدولية اقتضى الأمر أن يسمح للأطراف باختيار القانون الواجب التطبيق باعتباره الأنسب لهم، وفق ما ينسجم مع طبيعة العلاقة التعاقدية، ولا يثير الاتفاق الصريح للقانون الواجب التطبيق أي مشكلات عملية فيقوم المحكم بتطبيقه إلا في حالة واحدة وهي متى اعتبر العقد داخليا، فهنا سيخضعه للقانون الوطني، لأنه في مثل هذه الحالة لا يمكن للأطراف أن ينقلوا الاختصاص بشأنه لقانون آخر بإرادتهم، غير أن الصعوبة تظهر عند البحث عن القانون الواجب التطبيق على العقد وفقا لإرادة الأطراف الضمنية، ومن ثم فإن الصور التي يمكن أن يأخذها الاتفاق على القانون الواجب التطبيق في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، إما صورة الاتفاق الصريح أو الاتفاق الضمني وهذا ما سنقوم ببيانه في هذا الفرع على النحو التالي:

أولا: الاتفاق الصريح على القانون الواجب التطبيق

أقرت القوانين الوطنية والمعاهدات الدولية مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، وكما جاء في أحكام كل منها فإن المحكم ملزم بالفصل في النزاع وفقا لأحكام القانون الذي أختاره الأطراف ليطبق على العقد، وقد ظهرت نظريتين بصدد حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق وهما النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية، فالبنسبة لأنصار النظرية الشخصية والتي يتزعمها أنصار المذهب الفردي والقانون الطبيعي فقد نادوا بضرورة إطلاق العنان لمبدأ سلطان الإرادة والذي بموجبه يتمتع الأطراف بحق تضمين عقودهم ما شاءوا من شروط، وبالنسبة للعقود الدولية فإنه بالطبع يحق للأطراف حتى اختيار القانون الذي يحكم العقد، ويصبح هذا الأخير مجرد
شروط تعاقدية،[1] وأهم ما يترتب على الأخذ بالنظرية الشخصية أنه يجوز للأطراف استبعاد نصوص القانون المختار التي تجعل العقد باطلا كذلك لا تطبق التعديلات التي تسنها دولة القانون المختار على العقد.[2]

ويرى أنصار النظرية الموضوعية أن عدم خضوع العقد الدولي لنظام قانوني معين ليس معناه أنه خارج عن أي قانون، وإنما هناك أكثر من نظام يخضع له، رغم استحالة تطبيق كل هذه القوانين كلها بالنظر لاختلافها، ولما كان العقد الدولي يرتبط بمحيط اجتماعي فإن آثاره أو معظم آثاره تتحقق في وسط اجتماعي معين، ومن ثم يجب تركيز هذا العقد في هذا الوسط، ويذهب

1- هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د ط، 2007، ص 123.
2- نفس المرجع، ص 145.

أنصار هذه النظرية إلى أن إرادة الأطراف في اختيار قانون يحكم العقد الدولي ليست بالطليقة، فهذه الأخيرة مقيدة بضرورة اختيار القانون الذي يتصل بهذا العقد.[1]

متى كانت عبارات العقد واضحة وصريحة لا لبس فيها، يقوم المحكم بتطبيق ما جاءت فيها، غير أن أحكام التحكيم قد خالفت ذلك في العديد من الأحكام الصادرة عنها نتعرض لجملة منها على سبيل المثال وذلك على النحو التالي:

*** قضية شيخ أبو ضبي ضد شركة P.D.F**

تتلخص وقائع القضية في إبرام عقد بين شيخ أبو ضبي والشركة **P.D.F** اتفقا فيه على تطبيق القانون السائد في أبو ظبي على أي نزاع يمكن أن يثور بين الطرفين وهو الشريعة الإسلامية، وعندما ثار خلاف بين الطرفين المتعاقدين وتم اللجوء إلى قضاء التحكيم قرر المحكم الإنجليزي Lord Aquith عدم تطبيق القانون السائد في أبو ظبي استنادا إلى أن الشيخ يمارس القضاء في أبو ظبي بسلطة تقديرية مستعينا بالقرآن، ومن غير المعقول أنه في مثال هذا المكان القبلي أن توجد مجموعة من القواعد القانونية التي تنشأ في ظل التجارة الدولية الحديثة، كما أضاف أن الأطراف لم يقصدوا تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على النزاع وإنما أرادوا تطبيق قواعد العدالة والمساواة وحسن النية، وانتهى المحكم إلى تطبيق المبادئ العامة للأمم المتمدينة والتي يمثلها من وجهة نظر المحكم القانون الإنجليزي ولذلك قام بتطبيق هذا الأخير على النزاع .[2]

*** قضية الحكومة السوفيتية ضد شركة Gold Fields**

تتلخص وقائع القضية في أن العقد المبرم بين الطرفين نص في المادة 75 منه على إخضاع أي نزاع يثور بينهما إلى القانون الروسي، وبالرغم من تحديد الطرفين القانون الواجب التطبيق غير أن محكمة التحكيم لم تطبق القانون الروسي فقد كان لها رأي آخر، وهو ما يتجلى من خلال استبعاد هذه الأخيرة تطبيق القانون الروسي على الكثير من جوانب العقد وأرجعت ذلك لكون القانون الروسي يحكم القواعد الخاصة بتنفيذ العقد داخل الإقليم الروسي فقط وما عدا ذلك من مسائل فإنه يخضع للمبادئ العامة للقانون.

---

[1]- نفس المرجع، ص ص 349،350.

[2] - Nael G. Bunni, The FIDIC Forms of Contract, Blackwell publishing Ltd, Oxford, Third Edition, 2005, p 41,42.

*** قضية حاكم قطر ضد شركة International Marine Oil**

تتلخص وقائع القضية في كون العقد المبرم بين الطرفين يتضمن اتفاقا على كون القانون القطري هو القانون الواجب التطبيق على أي نزاع يثور بين الطرفين، إلا أن المحكم Sir Alfred Backnill لم يقم بتطبيق هذا القانون واستند في ذلك لقناعته التامة بكون القانون الإسلامي لا يتضمن مبادئ قانونية تصلح لتفسير هذه النوعية من العقود وطبق قواعد العدالة والإنصاف على العقد.[1]

مما سبق نجد أن محكمة التحكيم كلما صادفت بعض الثغرات في القانون الذي اختاره الأطراف من وجهة نظر محكمة التحكيم تستبدله بما تراه ملائما لحكم العلاقة العقدية، وفي رأينا وحتى تتفادى أية دولة إلزامها من طرف هيئة التحكيم بأحكام قواعد تختارها هذه الأخيرة لحكم العلاقة التعاقدية، هو نصها صراحة في النصوص القانونية التي نظمت التحكيم على أنه في حالة وجود نقص في أحكام القانون الواجب التطبيق يتم تطبيق المصادر الاحتياطية في ذات القانون، وفي حالة عدم إيفاء هذه الأخيرة بالغرض يتم اللجوء إلى قواعد القانون والأعراف التي تراها هيئة التحكيم ملائمة.

وهناك من أضاف للحالات السالفة الذكر حالات أخرى بموجبها يمكن للمحكمة استبعاد اتفاق الأطراف وهي على النحو التالي:

1. إذا شاب الرضا عيب من العيوب كالغلط أو التدليس أو الإكراه حسب ما نص عليه القانون المدني.

2. إذا كان الاتفاق مخالفا للنظام العام أو المصالح الوطنية لدولة القاضي.

3. إذا تعذر تطبيق القانون المتفق عليه بين الأطراف لتعذر إثباته على سبيل المثال.

4. في حالة غياب اتفاق صريح للأفراد حول هوية القانون الواجب التطبيق وعدم تمكن القاضي من تحديد هذا القانون بالاستناد إلى الإرادة الضمنية أي الافتراضية للمتعاقدين، عندها تطبق البدائل الأخرى وهي: قانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو قانون مكان إبرام العقد.[2]

ثانيا: الاتفاق الضمني على القانون الواجب التطبيق على العقود الإدارية ذات الطابع الدولي

[1]- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص ص 348،349.
[2]- محمد وليد هاشم المصري، المرجع السابق، ص 174.

قد يأخذ اتفاق الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق صورة الاتفاق الضمني، وهنا تثور صعوبة استخلاص إرادة الأطراف الضمنية، ولهذا الغرض يتم اللجوء إلى عدة عوامل:

- قد يختار المتعاقدان بنود عقد نموذجيContrat –Type وضع وفقا لقانون دولة ما، مما يعني اتجاه إرادتهما ضمنيا نحو اختصاص هذا القانون.
- وقد يحيل الأطراف حكم بعض المسائل فقط في العقد إلى قانون ما، فيكون هو القانون المختص وفق إرادتهم الضمنية لحكم العقد برمته.
- وقد تستخلص إرادة الأطراف الضمنية من خلال طريقتهم في إبرام العقد أو من خلال تصرفاتهم اللاحقة لإبرامه، كاللغة المستخدمة، وتحديد المحكمة المختصة للنظر في النزاع أو مكان تنفيذ الالتزام أو محل تسديد الثمن أو تحديد نوع العملة...الخ.

وقال البعض بأنه في كل الأحوال ليس من الممكن إلزام الأطراف باختيار قانون العقد منذ لحظة إبرامه إذ لهم الحق في تعديل اتفاقهم في أي وقت واختيار قانون آخر يحقق مصالحهم بشكل أفضل، وهو ما نص عليه القانون السويسري حين سمح للمتعاقدين بتحديد القانون الواجب التطبيق بعد إبرام العقد حتى أمام القاضي إذا لزم الأمر، كما أن اتفاقية روما لسنة 1980 سمحت للمتعاقدين بأن يتداركوا إهمالهم في تحديد قانون العقد وبأن يعدلوا اتفاقهم إذا رغبوا بذلك (المادة 2/3).[1]

وقد انقسم الفقه بصدد الاختيار الضمني لقسمين: اتجاه مؤيد للاختيار الضمني، واتجاه معارض له، **ووفق الاتجاه المعارض لمسألة الاختيار الضمني:** فإن إعطاء الحرية للمحكم للبحث عن إرادة الأطراف سيؤدي إلى إخلاله بتوقعات الأطراف المتعاقدة، وأن البحث عن الإرادة الضمنية مجرد خيال، واستندوا في ذلك لسببين:

الأول: كون إغفال الأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق نادر الحدوث في ظل العقود الحديثة.

الثاني: أنه لا يمكن القول بوجود إرادة ضمنية في اختيار القانون بسبب أن الأطراف قد تعمدوا عدم إثارة القانون الواجب التطبيق لكي لا يؤدي الاختلاف لعدم التعاقد، لأن تصدي المحكم للبحث عن إرادة الطرفين يؤدي إلى تطبيق قانون لم يتوقعه الأطراف كما أنه لا يعبر عن إرادتهم الحقيقية.

ووفق الاتجاه المؤيد للاختيار الضمني: مسألة الإرادة الضمنية حقيقة وليست خيالا، لذا لابد من التسوية بين الإرادة الضمنية والإرادة الصريحة في اختيار قانون العقد، شريطة أن يتأكد المحكم من وجود الإرادة الضمنية عن طريق قرائن لها أن تكشف عن إرادة حقيقية للمتعاقدين.[2]

---

[1]- محمد وليد هاشم المصري، المرجع السابق، ص ص 172،171.

[2]- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص ص 353،352.



وقد طرح تساؤل حول مدى حرية الأطراف المتعاقدة في اختيارهم للقانون الحاكم للعقد؟ أي بعبارة أخرى هل يحق لإرادة الأطراف لوحدها أن تشير إلى تطبيق تشريع دولة ما على عقدهم حتى في غياب أي رابطة لهذا العقد مع هذه الدولة؟

مما لا شك فيه أن الأطراف المتعاقدة تعمل على اختيار القانون الذي يكون له صلة بالعقد، لأن من مصلحتهم الإشارة إلى قانون يعرفونه أو تربطهم به رابطة معينة، وهذا بحكم جنسيتهم أو بحكم مكان الإبرام وإما باعتباره مكان التنفيذ، غير أنه لا يوجد ما يمنع من تعيين قانون لا تربطه بالعقد أي صلة متى تطلبت المصلحة ذلك، وهو ما تتطلبه طبيعة التعاقد على المستوى الدولي، فمثلا التشريع الفرنسي يقبل اتفاق الأطراف على تطبيق قانون حيادي "أجنبي" بالنسبة لهم، أو قانون استلزمته صفاته التقنية فحسب، كالقانون الانجليزي الخاص بالتجارة البحرية والسفن وبالنظر للتطور المشهود به لإنجلترا في هذا الصدد، هو ما يفسر اختيار الأطراف في العقود الدولية للقانون الإنجليزي في حالات تكون غالبيتها لا علاقة لها بهذا القانون، بالإضافة لذلك هناك العديد من أنواع الاستثمار الدولية الضخمة التي لا يمكن ربطها بقانون دولة بحد ذاتها.[1]

ومن ثم فإن دور مبدأ سلطان الإرادة لا يستهدف إلا تأكيد وضمان احترام التوقعات المشروعة للمتعاقدين، ولم يقف مبدأ سلطان الإرادة عند إعطاء الحرية للأطراف المتعاقدين في اختيار قانون ما ليكون هو القانون الواجب التطبيق وإنما تخطى ذلك لإعطائهم الحق في تغيير طبيعة القانون المختار من نصوص تشريعية تكتسب قوتها من صدورها عن مشرع وطني أو دولي معين لتكتسب إلزاميتها من كونها شروطا تعاقدية بإدراج القواعد القانونية التي اختاروها في اتفاق التحكيم مثلها مثل أي شرط آخر من الشروط التعاقدية، بل وأكثر من ذلك فقد ذهب البعض لأكثر من ذلك بحيث يجوز للمتعاقدين الاتفاق على تجزئة النظام القانوني الذي يركزون في ظله علاقتهم ليطبق منه بعض نصوصه مع استبعاد مادون ذلك.[2]

وقد ذهب جانب من الفقه للقول بأنه ليس من المقبول أن يترك للأطراف المتعاقدة اختيار القانون الذي يطبق على العقد، لأنه من المنطقي أن يكون القانون هو المختص بحكم هذه العلاقة، فوفقهم سيؤدي ذلك إلى نوع من الغش والتحايل على القانون لأن أطراف العلاقة التعاقدية قد يقومون باختيار قانون ليس هو القانون الذي يجب تطبيقه على النزاع عند إعمال وتطبيق قواعد الإسناد في قوانين الدول.[3]

[1]- محمد وليد هاشم المصري، المرجع السابق، ص 172.
[2]- صلاح الدين جمال الدين، محمود مصيلحي، المرجع السابق، ص ص 36،35.
[3]- عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 118.

وبالرجوع لأحكام المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد بأن المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات أخذ بمبدأ سلطان الإرادة[1] ونص صراحة على تطبيق قواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وهنا متى تم اتفاق الأطراف المتعاقدة على تطبيق قانون دولة معينة فإن هذا يفيد تطبيق القانون الداخلي دون قواعد تنازع القوانين.[2]

نرى أن أحد أهم الآثار التي تترتب على استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي هو إمكانية خضوع اتفاق التحكيم لقانون آخر غير الذي يخضع له العقد الأصلي، بل ومستقل عن كل القوانين الوطنية وقد أيد قضاء التحكيم هذا في العديد من الأحكام الصادرة عنه،[3] ويرجع مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن القوانين الوطنية للقضاء الفرنسي في سنة 1993 في قضية Arrêt Dalico والتي تعرضت للنقد الشديد من الفقه حتى داخل فرنسا، وتتلخص وقائع القضية موضوع النزاع في إبرام مجموعة من الشركات الدنماركية مع بلدية خمس الليبية عقدا تضمن هذا الأخير نصا يقضي بإخضاع هذا الأخير من حيث الموضوع إلى القانون الليبي ومن حيث الاختصاص القضائي إلى المحاكم الليبية، وعند نشوب نزاع بين الطرفين عرض النزاع على غرفة التجارة الدولية بباريس التي قضت باختصاصها بناء على شرط تضمنه العقد في ملحقاته دون توقيع عليها من قبل الأطراف.

وبمجرد صدور قرار الاختصاص من قبل هيئة التحكيم طالبت الحكومة الليبية بإبطاله بناء على أحكام المادة 1502 من قانون الإجراءات المدنية بدعوى عدم وجود اتفاق التحكيم، ولكون القانون الليبي يقتضي أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وموقعا من قبل الأطراف، واعتبرت محكمة استئناف باريس في 26 مارس 1991 وكذا محكمة النقض الفرنسية في 20 ديسمبر 1993 بـــ:" أن اتفاق التحكيم ليس مستقلا عن عقد الأساس فحسب وإنما كل القوانين الوطنية مما يعني بالنسبة لقضية الحال أنه لا مجال لتطبيق القانون الليبي الذي يبقى قاصرا دوره على موضوع النزاع ولا يطال اتفاق التحكيم."

وقد تعرض هذا القرار للنقد حتى من قبل الفقه الفرنسي فقد قال الفقيه P. Mayer هل يجب أن نفهم بأن شرط التحكيم يتعذر إبطاله حتى لانعدام الأهلية أو لعيب في الإرادة أو حتى لعدم قابلية النزاع للتحكيم؟ فالمسألة غير جدية، في حين أن الأستاذة Helene Gaudemet Tallon اعتبرت

---

[1]- وفي القدم كان الفقه القديم يخضع العقود الدولية لقانون محدد سلفا وهو إما قانون بلد الإبرام أو قانون دولة التنفيذ.
راجع في هذا الصدد: أحمد رشاد محمود سلام، المرجع السابق، ص 374.

[2]- تنص المادة 23 مكرر 1 من القانون رقم 10/05 " إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص."، ص 20.

[3]- تراري ثاني مصطفى، المرجع السابق، ص 12.

المسألة غير منطقية وقالت:" كيف يعقل أن يكون اتفاق التحكيم مستقلا عن عقد الأساس وفي الوقت ذاته جزء لا يتجزأ من هذا العقد؟ قضاة المحكمة العليا هل يريدون بهذا تبرير نظرية العقد بدون قانون؟ إنهم لم يتمكنوا من إقناعنا".

وردا على الانتقادات الموجهة لنظرية العقد دون قانون Le Contract Sans Lois قال الفقيه Philippe Fouchard :" إن الأمر لا يتعلق بتاتا بالنسبة للقضاء الفرنسي بجعل اتفاق التحكيم يفلت من أي نوع من الرقابة، ولكن المقصود هو جعل هذه الرقابة قاصرة على مطابقة اتفاق التحكيم مع المفاهيم الأساسية التي يحرص عليها القانون الفرنسي في المواد الدولية..."، ووصل إلى نتيجة مفادها" ... فالأمر لا يتعلق إذا بعقد دون قانون ولكن بعقد دون تنازع للقوانين."

وفي قضايا أخرى اعتبرت صحة اتفاق التحكيم من النظام العام الدولي، وهو ما تم تأكيده في قرار Dalico بقولها:" ما عدا القواعد الآمرة للقانون الفرنسي والنظام العام الدولي إن وجود فعالية شرط التحكيم يتم تقديره حسب الإرادة المشتركة للأطراف دونما حاجة إلى الرجوع لقانون وطني"، وبالنسبة للقواعد الإجرائية لم يعد يعتبر من النظام العام الدولي عدم أهلية الدولة والهيئات العامة لإبرام اتفاقيات للتحكيم على المستوى الداخلي، وهي المسألة التي أثارت الكثير من الجدل في الجزائر كما في أغلب التحكيمات التي كانت فيها دول أو مؤسسات عمومية عربية طرفا، أما بالنسبة للقواعد الإجرائية فيستوي فيها ما يحكم منها أصول المحاكمات عموما، (كمبدأ الوجاهية أو المحاكمة العادلة وضمان حقوق الدفاع أو تلك القاصرة على التحكيم كضرورة أن يكون النزاع مما يجوز التحكيم فيه وأن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وأن يكون قرار التحكيم مسببا...الخ.[1]

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري فيما يتعلق بالإجراءات الواجب اتباعها لإصدار الحكم التحكيمي، نجد بأنه نص صراحة على أن اتفاقية التحكيم يمكن أن تضبط مباشرة، أو استنادا لنظام تحكيمي، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم، وفي حالة عدم نص اتفاقية التحكيم على الإجراءات الواجبة الإتباع في الخصومة، تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام تحكيم، وهو ما يفيد أن المشرع الجزائري قد أخذ بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي وكذا عن القوانين الوطنية.[2]

المـــطلب الـــثـــاني:

---

[1]- تراري ثاني مصطفى، المرجع السابق، ص ص 15،17.
[2]- المادة 1043 من القانون رقم 09/08.



عدم اتفاق الأطراف المتعاقدة على القانون الواجب التطبيق

لا يفكر الأطراف دائما في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، كما لا توجد دلائل أو قرائن تساعد على معرفة القانون الذي اتجهت إرادة الأطراف لتطبيقه، وقد يكون عدم ذكر القانون الواجب التطبيق بسبب رغبة طرفي العقد في تفادي الدخول في خلاف يؤدي لفشل العملية التعاقدية، وقد اختلفت الآراء الفقهية بالنسبة للقانون الذي يحكم العقد فذهب البعض إلى أن العقد يعد بمثابة نظام قانوني مستقل، ويكفي في حد ذاته بالتعريف بحقوق والتزامات الأطراف دون حاجة إلى الاتجاه إلى نظام قانوني معين.

في حين ذهب البعض الآخر لضرورة تطبيق قواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، بينما ذهب البعض الآخر لإعطاء المحكم سلطة الاختيار المباشر في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد وسنتعرض لكل هذه الآراء في هذا المطلب على النحو التالي:

الـــــــفرع الأول:

خضوع العقود الإدارية ذات الطابع الدولي للقانون الوطني للدولة المتعاقدة

نتناول الاتجاه القائل بخضوع العقود الإدارية ذات الطابع الدولي للقانون الوطني للدولة المتعاقد في العقد التي تبرمه مع المستثمرين الأجانب، وهو ما نص عليه صراحة القانون البرازيلي،[1] باعتباره القانون الذي انصرفت إليه إرادة الأطراف المتعاقدة لإعماله على العقد، من خلال تضمين هذه العقود شروطا تلزم الدولة المضيفة بعدم إنهاء العقد أو تعديلها بالإرادة المنفردة، أو إصدار تشريعات أو لوائح تسري العقد على نحو يؤدي إلى التغيير في مضمونه دون الاتفاق مع المتعاقد الأجنبي معها، فكما هو معروف فشرط الثبات التشريعي الذي تتضمنه هذه العقود لا ينص عليه في العادة إلا إذا كان تشريع الدولة المتعاقدة هو الواجب التطبيق على العقد.

وقد اختلف أنصار هذا الاتجاه في الأسانيد التي استندوا إليها لإخضاع العقود الإدارية لقانون الدولة المتعاقدة، فهناك من استند لوجود قرينة قانونية لصالح إعمال قواعد هذا القانون تستفاد من

[1] - Arnoldo WALD, OP. Cit, p 16.

مجرد وجود الدولة كطرف في العقد، وهناك من استند معايير ذات طابع سياسي وقانوني، وهناك من استند لكونها عقودا إدارية، وهناك من استند لإعمال قواعد القانون الدولي الخاص، وهناك كذلك من استند لنصوص المعاهدات الدولية لإعمال قانون الدول المتعاقدة.

وسنقوم من خلال هذا الفرع ببيان أسانيد كل اتجاه وذلك على النحو التالي:

أولا: استنادا لكل من القرينة المفترضة والاعتبارات السياسية والقانونية

نتعرض للأسانيد التي استند إليها كل من أنصار القرينة المفترضة لصالح الدولة المتعاقدة، والأسانيد التي استند إليها كل من أنصار الاعتبارات السياسية والقانونية وذلك على النحو التالي:

1. استنادا لوجود قرينة مفترضة لصالح الدولة المتعاقدة

ذهب جانب كبير من الفقه لضرورة تطبيق قانون الدولة المتعاقدة في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي إذا جاء العقد خاليا من الإشارة للقانون الواجب التطبيق على العقد،[1] واستند أنصار هذا الاتجاه لما ذهبت إليه المحكمة الدائمة للعدل الدولي في قضيتي القروض الصربية والبرازيلية، حيث ذهبت هذه الأخيرة للقول بأن:" كل عقد لا يكون بين الدول باعتبارها شخص من أشخاص القانون الدولي العام يجد أساسه في القانون الوطني لدولة ما، ويختص فرع القانون المعروف باسم القانون الدولي الخاص أو نظرية تنازع القوانين بتحديد هذا القانون."، وأكدت المحكمة على أنه:" لما كان الطرف المقترض في عقود القرض هو دولة ذات سيادة فلا يمكن افتراض أن الالتزامات التي قبلتها والتي تتعلق بهذا القرض تخضع لأي قانون آخر غير قانونها."[2]

مما سبق يتضح لنا أن المحكمة استبعدت العقود التي تبرمها الدولة من الخضوع للقانون الدولي، كما أنها ونظرا لذاتية هذه العقود أخضعتها للقانون الوطني للدولة المتعاقدة استنادا لوجود قرينة متمثلة في وجود الدولة كطرف في العقد، وهنا يتضح لنا أن المحكمة الدائمة للعدل الدولي قد وضعت معيارا من أجل إخضاع العقود الإدارية ذات الطابع الدولي للقانون الوطني للدولة المتعاقدة متمثل في الصفة التي تعاملت بها الدولة فإذا تعاملت مع غيرها من الدول على اعتبار أنها من أشخاص القانون الدولي العام خضعت هذه الأخيرة لأحكام هذا القانون، في حين لو تعاملت على أساس أنها شخص من أشخاص القانون الداخلي فإنها ستخضع لقانونها الداخلي، وقد أخذت محكمة استئناف باريس في حكم لها بذلك، حيث قضت بأن:" كل شخص خاص يتعاقد مع دولة ذات سيادة

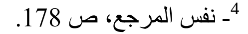
[1]- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 365.
[2]- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص 417.

يخضع لهذا السبب وحده لقوانين هذه الدولة."، وهو ما أخذت به أيضا محكمة النقض الفرنسية حيث ذهبت إلى كل شخص خاص يتعاقد مع دولة ذات سيادة يخضع لقوانين هذه الدولة."[1]

ذهبت محكمة التحكيم في قضية Aramco إلى أن القانون الساري في المملكة العربية السعودية هو القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لعقد الامتياز البترولي، إذ أنه من المفترض أن العقود التي تبرمها الدولة ذات السيادة تخضع لقانونها الوطني حتى يتم إثبات العكس،[2] وأخذت اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى بهذا الاتجاه من خلال أحكام المادة 42 منه،[3] في حين أن الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 ،اكتفت بالنص بأنه في حالة لإغفال الإشارة إلى القانون الواجب التطبيق، يعمد المحكمون إلى تطبيق القانون المحدد بموجب قاعدة تنازع القوانين التي يرون أنها مناسبة بهذا الصدد،[4] مما قد يؤدي إلى تطبيق قانون غير قانون الدولة المتعاقدة لأن للمحكم سلطة اختيار قاعدة تنازع القوانين التي يرى أنها مناسبة.

وقد تعرض هذا الاتجاه الذي استند للمعيار الذي وضعته المحكمة الدائمة للعدل الدولي للانتقاد وفق ما يلي:

- عدم كفاية هذا المعيار، لأن هناك عقودا مبرمة بين الدول غير أنها تخضع للقانون الوطني وهذا متى تنازلت الدولة صراحة أو ضمنا عن التعامل بصفتها شخصا من أشخاص القانون العام، ففي الواقع ليس هناك ما يمنع الدولة من أن تلتزم في مواجهة دولة أخرى وفقا لقواعد القانون الخاص، وقد تعرض هذا الرأي للانتقاد على أساس أنه غير ذي فائدة فيما يتعلق بالنظام القانوني الذي يحكم العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية الخاصة.
- تطبيق الاتجاه السابق يقتضي الفصل في مسألة أولية وهي متى تتصرف الدولة بوصفها طرفا من أطراف القانون الدولي، ومتى تتصرف الدولة بوصفها طرفا من أطراف القانون الداخلي، وهو ما يستلزم إيجاد معيار آخر جديد يسمح بالتمييز بين حالتين.
- انتقد هذا المعيار على أساس أنه يتسم بعدم الواقعية، لأنه يتعين أن يكون إعمال هذا الأخير متماشيا مع فكرة السيادة التي تتمتع بها الدولة حتى لا تجبر على التصرف بشكل مخالف للقانون،



[1]- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 366.
[2]-حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص 418.
[3]- نصت المادة 42 على ما يلي":" تحكم المحكمة في النزاع وفقا للواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان، وفي حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق تطبق المحكمة تطبق المحكمة قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك قواعد تنازع القوانين ...الخ"
أسرة التحرير، " نصوص وقوانين واتفاقيات التحكيم وطنيا وإقليميا ودوليا"، المرجع السابق، ص 191.
[4]- نفس المرجع، ص 178.

حيث لا يجب أن يقلل هذا القانون من الطابع السياسي للسيادة، ويعني ذلك أنه لما كانت الدولة تتعلق على نحو متصل بالحياة السياسية والاقتصادية للدولة لاسيما في الدول الآخذة بالنمو فإنه يكون من الأفضل أن يقع على عاتقها تحديد فيما إذا كانت قد تعاقدت كشخص من أشخاص القانون الدولي العام أولا، فهذه المسائل لا يتم الفصل فيها من خلال القضاء في تاريخ لاحق.[1]

- ما ذهب إليه قضاء محكمة العدل الدولية لم يعد مواكبا للتطورات التي لحقت بالتجارة الدولية وإذا كان من غير المفترض أن الدولة تقبل إخضاع العقد المبرم بينها وبين المستثمر الأجنبي لقانون دولة أخرى أو لمبادئ القانون الدولي العام، فإنه من غير المفترض أن تقبل الشركة الأجنبية التي تتعاقد مع الدولة إخضاع عقدها لقانون الدولة المتعاقدة، والذي قد يعرضها لمخاطر السيادة.[2]

2. استنادا لاعتبارات سياسية وقانونية

استند أنصار هذا الاتجاه إلى القانون الوطني للدولة المتعاقدة للقول بخضوع العقد لقانون الدولة المتعاقدة، والأسباب التي استند إليها هذا الاتجاه هي ذات طابع سياسي تم صبغها بطابع قانوني كفكرة الاحتكار المطلق للدولة في المجال القانوني، ورفض معاملة الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة معاملة تؤدي إلى مساواته بالدولة المتعاقدة، وقد برز هذا الاتجاه أساسا في دول أمريكا اللاتينية، وفي مقابل هذا الاتجاه برز اتجاه ثاني مثلته الدول المنتجة للبترول يمتزج فيه كل من الاعتبارات السياسية والقانونية ويستند لمجموعة من المواثيق الدولية وهذا ما سنقوم ببيانه على النحو التالي:

أ) خضوع العقد لقانون الدولة المتعاقدة تأسيسا على اعتبارات يغلب عليها الطابع السياسي

ومصدر هذه النظريات دول أمريكا اللاتينية والتي رفضت خضوع المتعاملين المتعاقدين الأجانب معها للقانون الدولي، ومرجع هذا الرفض هو إرادة هذه الدول الحد من استغلال هذه الشركات الكبرى تحت مظلة الحماية الدبلوماسية التدخل في الشؤون الداخلية لهذه الدول، واستندوا لمبدأ قانوني هام هو مبدأ المساواة في المعاملة بين الوطنين والأجانب، وهو ما يترتب عليه خضوع الأجانب للقانون الوطني للدولة على نحو كامل مع عدم إمكانية تمتعهم بالحقوق دون تحمل الالتزامات، ولقد لاقت هذه الأفكار نجاحا على الصعيد القانوني من خلال تبني نصوص دستورية لا تقصر إسناد العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية للقانون الوطني، وكذلك تقنين الاستثمارات الأجنبية حظر على الدول الأعضاء منح المستثمر الأجنبي معاملة أفضل من تلك التي

---

[1]- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص ص 433،427.
[2]- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 367.

يتمتع بها الوطنيون، بل والنص على عدم إمكانية إدراج أي شرط يكون من شأنه قبول خضوع حل المنازعات المتعلقة بالاستثمار بالطريق الدولي، وإعمالا لما سبق فإن دول أمريكا اللاتينية وفيما يتعلق بعلاقاتها مع الأجانب قامت بإعمال شرط Calvo والذي بموجبه يتنازل الشخص الأجنبي عن كل طرق الادعاء الدولية سواء كانت عامة أو خاصة.[1]

ب) خضوع العقد لقانون الدولة المتعاقدة تأسيسا على المواثيق الدولية

ظهر أنصار هذا الاتجاه مع قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 1803 الصادر في 14 ديسمبر 1962 والخاص بالسيادة الدائمة على الموارد الطبيعية، وتضمنت المادة الرابعة حق الدول في التأميم أو نزع الملكية أو المصادرة ووضعت شرطا لذلك وهو أن يكون ذلك بهدف تحقيق منفعة عامة أو مصلحة وطنية على أن يتم دفع تعويض مناسب للمالك وفقا للقواعد السارية في الدولة التي تتخذ هذه الإجراءات عند ممارستها لسيادتها.

ثم صدر قرار آخر يحمل رقم 3281 ونص على تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة، وهو ما نصت عليه أحكام المادة الثانية منه والتي جاء فيها ما يلي:" كل دولة لها الحق في أن تؤمم أو تصادر أو تنقل ملكية الأموال المملوكة للأجانب إليها ولكن يتعين عليها أن تقوم بدفع تعويض مناسب طبقا للقوانين واللوائح النافذة فيها، وفي جميع الأحوال التي تثور فيها منازعة بشأن مسألة التعويض فإن هذه المنازعة يفصل فيها وفقا للقانون الداخلي للدولة التي اتخذت إجراءات التأميم وبواسطة محاكم هذه الدولة، إلا إذا اتفقت جميع الدول المعينة فيما بينها على وسائل أخرى سلمية على أساس من السيادة المتساوية لكل الدول وطبقا لمبدأ حرية اختيار الوسائل."[2]

غير أن هذا الاتجاه تعرض للنقد وفق ما يلي:

- ذهب جانب من الفقه إلى أن هذه القرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة لا تعدو عن كونها مجرد توصيات لا تتمتع بأي قوة ملزمة بالنسبة للدول، كما أنها غير مقترنة بأي جزاء، ولا يمكن إجبار الدول على إصدار قوانين تقوم بتكريسها، غير أن هذا الرأي تعرض لانتقاد شديد من قبل المنظمات الدولية، و الدول الصناعية المتقدمة تذهب للقول بأن هذه القرارات الصادرة عن الأمم المتحدة تشكل مبادئ يمكنها أن تكتسب صفة العرف الدولي متى توافرت شروط تكوين هذا الأخير.[3]

---

[1]-حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص ص 439،436.

[2]- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص ص 369،368.

[3]- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص 446.

▪ واستند البعض الآخر لانتقاد أنصار الرأي السابق لكون القرارات الصادرة عن الأمم المتحدة تتضمن التزامات لها طابع قانوني، فالتغيرات السياسية والاقتصادية التي لحقت بالجماعات الدولية بلغت درجة أصبح معها من الضروري أخذ هذه القرارات بالحسبان، لأنه لم يعد بالإمكان إنكار دور القواعد الناجمة عن الرضا الذي تحقق من خلال القرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة والتي كرست مبادئ قانونية عامة والتي تشكل نوعا جديدا من الالتزامات المعروفة بـــ Soft Law.[1]

وقد صدرت العديد من أحكام التحكيم في أكثر من قضية ليدلي برأيه في مسألة القيمة القانونية لقرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة، ففي قضية Liamco قام المحكم بإبراز أن القرارات ذات الطابع الاقتصادي الصادرة عن الأمم المتحدة وإن لم تشكل مصدرا جماعيا للقانون فإنها تعد الدليل على اتجاه جديد يحظى بالأغلبية، ويتعلق بالحق السيادي للدول على مواردها الطبيعية، إلا أن هذا الحق يمارس في حدود احترام الاتفاقات التعاقدية والالتزام بالتعويض، في أنه في قضية Aminoil أوضحت محكمة التحكيم أن قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة لا تشكل قواعد قانونية آمرة تحظر على الدولة أن تتعهد بعدم القيام بإجراء أي تأميمات خلال فترة معينة.[2]

وفي قضية الحكومة الليبية ضد شركتي Topco & Calasiatic تمسكت الحكومة الليبية بالقرارات الصادرة عن الأمم المتحدة، وللبت في القضية موضوع النزاع قام المحكم Jean René Dupuy بالتفرقة بين القرارات المختلفة التي تصدر عن الأمم المتحدة وتصنيفها على نحو يجعلها في منطقة وسطى، فهي ليست بمجرد توصيات لا تتمتع بأي قيمة قانونية على الإطلاق، كما أنها لا تتمتع بقوة ملزمة على اعتبار أنها قاعدة عرفية جديدة حلت محل قاعدة عرفية سابقة، ورأي المحكم كان مستندا لبحثه في شروط التصويت التي اتبعت عند إصدار هذه القرارات، وكذا تحليل النصوص التي تضمنتها القرارات.[3]

ثانيا: استنادا لكل من تكييفها كعقود إدارية واستنادا لإعمال قواعد القانون الدولي الخاص

---

[1]- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 369.
[2]- نفس المرجع، ص 369.
[3]- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص ص 457،450.

هناك من استند في تبريره لإخضاع العقود الإدارية ذات الطابع الدولي لقانون الدولة المتعاقدة استنادا لكونها عقودا إدارية، في حين أن البعض الآخر استند لإعمال قواعد القانون الدولي الخاص،[1]

1. خضوع العقد لقانون الدولة المتعاقدة استنادا لتكييفها كعقود إدارية

استند أنصار هذا الاتجاه لتعدية الحلول التي استخلصها القضاء لاسيما القضاء الفرنسي بصدد العقود الإدارية إلى العقود المبرمة بين الدولة والطرف الأجنبي، لتوافرها على نفس خصائص العقد الإداري، ومن ثم فإعمال نظرية العقد الإداري على هذه العقود يجعل هذه العقود تخضع لذات النظام القانوني الذي يخضع له العقد الإداري، ومن أبرز أحكام التحكيم التي تناولت هذه الفكرة قضيتي Aramco و Texaco وسنقوم ببيان ما انتهت محكمة التحكيم فيهما على النحو التالي:

*** قضية Aramco**

تتلخص وقائع هذه القضية في إبرام المملكة العربية السعودية بتاريخ 29 مايو 1933 مع شركة Standard Oil Of California اتفاقا باستغلال البترول يخولها امتيازا مدته 60 سنة في المنطقة الشرقية من المملكة، وتم إنشاء California Arabian Oil Company بموجب المادة 32 من العقد، والتي تنازلت لها الشركة الموقعة عن كافة الحقوق والالتزامات الناجمة عن عقد الامتياز، وقد غيرت هذه الشركة تسميتها إلى Arabian American Oil Company (Aramco) بتاريخ 31 يناير 1944، وتجد الإشارة إلى أن هذا العقد تم تعديله أكثر من مرة باتفاق الطرفين.

وبتاريخ 20 يناير 1954 قامت الحكومة السعودية بإبرام عقد مع المليونير أوناسيس لمنحه حق تأسيس شركة خاصة Saudi Arabian Maritime Tankers Company(Satco) تقوم بنقل بترول المملكة ومنتجاته من موانئ السعودية في الخليج العربي لأي من موانئها على البحر الأحمر، وتضمن العقد المبرم نصا يقضي بحق أفضلية هذه الأخيرة في شحن البترول ومنتجاته المصدرة عن طريق البحر من السعودية إلى الدول الأجنبية، وهنا طالبت شركة Aramco الحكومة السعودية باحترام التزاماته لأن ما قامت به يتعارض مع ما جاء في عقد الامتياز والذي يخول لها الحق في اختيار وسائل النقل الضرورية بما في ذلك النقل على ناقلات بترول أجنبية، ولحل هذا الخلاف تم عرض النزاع على التحكيم باقتراح من الحكومة السعودية، وقد تم إبرام اتفاق التحكيم في 23 فيفري 1955 والذي نصت المادة الرابعة منه على تولي محكمة التحكيم الفصل في النزاع طبقا

[1] -Nael G. Bunni, OP. Cit, p 22.

للقانون الساري في المملكة العربية السعودية، فيما يتعلق بالمسائل الداخلة في اختصاص المملكة العربية السعودية، وطبقا للقانون الذي ترى محكمة التحكيم تطبيقه بالنسبة للمسائل التي لا تدخل في إطار اختصاص المملكة العربية السعودية.

ذهبت محكمة التحكيم إلى أن تحديد القانون الواجب التطبيق يقتضي تحديد الطبيعة القانونية للعلاقة القانونية محل المنازعة، وهنا لجأت محكمة التحكيم للقانون السعودي من أجل تحديد الطبيعة القانونية لامتياز البترول الممنوح من الحكومة السعودية، وإعمال هذا الأخير وفقا لأحكام المادة الرابعة من اتفاق التحكيم تطبيق أحكام القانون الإسلامي وفقا لتفسير مدرسة الإمام أحمد بن حنبل، وانتهت محكمة التحكيم بعد نظر النزاع إلى أن القانون السعودي لا يعرف فكرة القانون العام أو القانون الإداري كما هو سائد في القانون الفرنسي، وأن فقه الإمام بن حنبل لا يتضمن أي قاعدة محددة تتعلق بالامتيازات المتعلقة بالمعادن، كما استخلصت المحكمة أن امتياز Aramco يعد عقدا غير مسمى، على أساس أن القانون السعودي الواجب التطبيق على عملية التكييف والواجب التطبيق على العقد لا يعرف ما يسمى بالعقود الإدارية، ومن ثم رفضت ما ذهبت إليه الحكومة السعودية على أساس أن الفقيه بن تيمية لا يفرق ين المعاهدات المبرمة بين الدول، وعقود القانون العام، والعقود المدنية والتجارية، وكلها تحكمها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.[1]

*** قضية Texaco**

تتلخص وقائع القضية موضوع النزاع في إبرام الحكومات الليبية في الفترة الممتدة بين ديسمبر 1955 وأفريل 1971 مجموعة من عقود الامتياز لصالح California Asiatic Oil Company Texaco, Overseas Petroleum Companyوقد تضمنت هذه العقود نصا صريحا يقضي باتخاذ الحكومة الليبية كافة القواعد الضرورية من أجل ضمان تمتع الشركة بكل الحقوق التي يخولها لها هذا الاتفاق، ولا يمكن تعديل الحقوق الناجمة صراحة عن هذا الاتفاق إلا بالموافقة المتبادلة بين الأطراف، وقد تم تفسير هذا الاتفاق أن تعديل أو إلغاء للقوانين الحاكمة للبترول لا يؤثر على الحقوق الناجمة عن العقد والتي تقررت للشركة بمقتضاها، طالما تمت دون رضاها، وقد تم تعديل قانون البترول الليبي أكثر من مرة، ويقابله في كل مرة تعديل في الشروط التعاقدية باتفاق الطرفين.

[1]- حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق، المرجع السابق، ص ص 48،52.

في سنة 1973 أصدرت الحكومة الليبية القانون رقم 1973/66 الذي أعلنت بمقتضاه تأميم 51°/° الشركتين السالفتي الذكر دون باقي الشركات الأجنبية المتمتعة بعقود الامتياز في مجال البترول، ونص القانون على تعويضهم بواسطة لجنة تتشكل من ثلاثة أشخاص تقوم الحكومة الليبية بتعيينهم، ونص القانون كذلك على إنشاء لجنة تقوم بحصر أموال هاتين الشركتين تمهيدا لنقل ملكيتها إلى الهيئة الوطنية للبترول، وهنا أخطرت الشركتين الأمريكيتين الحكومة الليبية بعزمها على اللجوء إلى التحكيم لفض النزاع القائم بينهما، وقامتا بتعيين محكما من ولاية نيويورك، وامتنعت الحكومة الليبية بتعيين محكم خلال المدة المحددة كما جاء في العقد، وأعربت عن رفضها لطلب الشركتين.

وهنا لجأت الشركتين لمحكمة العدل الدولية وقدمتا طلبا لرئيسها من أجل تعيين محكم للفصل في المنازعة الناشئة بين الطرفين، وهنا قام هذا الأخير بتعيين الأستاذ Jean René Dupuy كمحكم، وهنا تساؤل هذا الأخير فيما إذا كان اتخاذ إجراءات التأميم يعد تنصلا من تنفيذ العقد أم لا؟ وللإجابة عن هذا السؤال قام المحكم بالبحث في مختلف الأسباب التي يمكن أن تتمسك بها الحكومة الليبية والتي من شأنها أن تعفيها من المسؤولية العقدية، وفي مقدمة هذه الأسباب اعتبار العقد المبرم بين الشركتين والحكومة الليبية عقدا إداريا، وهنا تساؤل المحكم عن ما إذا كان هذا العقد بالفعل عقدا إداريا؟ لاسيما وأن القانون الليبي يعرف فكرة العقود الإدارية، غير أن المحكم رفض تكييفها على هذا الأساس واستند إلى سببين:

السبب الأول: هو عدم توافر الشروط التي يتطلبها القانون الليبي للقول بوجود العقد الإداري، ففكرة تسيير أو استغلال مرفق عام غير متوافرة في العقد محل المنازعة، وأن الحكومة الليبية تعاقدت على قدم المساواة مع الشركتين الأجنبيتين، كما أن العقد لا يتضمن شروطا استثنائية غير مألوفة، وأن تضمين العقد شرط الثبات التشريعي لا يكفي للقول بوجود شرط غير مألوف في القانون الخاص لأن هذا الشرط ذو أثر سلبي يجعل الدولة حتى تقوم بسلطاتها مرتبطة بموافقة الطرف المتعاقد معها، وأعطى جملة من الأمثلة للصور التي يمكن أن تأخذها الشروط الاستثنائية استنادا لرأي الدكتور سليمان مرقس.

السبب الثاني: أن تكييف العقد على أنه عقد إداري لا يمكن إعماله على الواقعة محل النزاع، لأن فيه خروج عن المبادئ المشتركة بين القانون الليبي والقانون الدولي، لكون نظرية العقد الإداري نظرية فرنسية المنشأ كرسها القانون الفرنسي، لكنها غير معروفة في العديد من الأنظمة القانونية

الأخرى ومجهولة في القانون الدولي، ومن ثم لا يمكن اعتبار التفرقة بين عقود القانون الخاص والعقود الإدارية مبدأ قانونيا عاما.[1]

2. خضوع العقد لقانون الدولة المتعاقدة استنادا لإعمال قواعد القانون الدولي الخاص

ذهب أنصار هذا الاتجاه في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الإدارية ذات الطابع الدولي بالاستناد إلى قواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص في نظام قانوني معين، غير أنهم اختلفوا في تحديد هوية هذا النظام وفق ما يلي:

أ. منهم من نادى بوجوب رجوع المحكم إلى نظام تنازع القوانين في قانونه الوطني أو في قانون موطنه لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع عند عدم اتفاق المتعاقدين بشأن هذا القانون، على أساس معرفة المحكم به أكثر من غيره.

وهناك من يفضل الأخذ بالقانون الوطني للخصوم وليس للمحكم، وأنصار هذا الاتجاه ينادون بالرجوع لنظم تنازع القوانين في القانون الوطني المشترك للمتعاقدين أو قانون موطنهما المشترك في حال اختلافهما في الجنسية، على أساس أنها أكثر صلة وارتباطا من غيرها بشخص المتعاقدين وبالنزاع المعروض على التحكيم.

ب. منهم من قال بتطبيق نظام تنازع القوانين في قانون المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع، قياسا على الأصل فيما لو لم يكن هذا النزاع معروضا على التحكيم.

ج. منهم من يغلب نظام تنازع القوانين في قانون بلد تنفيذ حكم المحكمين انطلاقا من ضرورة وجوب اهتمام المحكم الدولي بتوافر أقصى قدر ممكنا من الفعالية لقراره على الصعيد الدولي.

د. منهم من طلب بتطبيق نظام تنازع القوانين الذي يتفق عليه أطراف النزاع تأسيسا على الطبيعة التعاقدية للتحكيم التي تسمح لهم بتحديد القانون الواجب التطبيق مباشرة أو بصورة غير مباشرة عن طريق اختيار نظام تنازع القوانين.[2]

ووفق الأستاذ الدكتور فؤاد ديب فإن هذه الاتجاهات لم يكن لها انعكاس ملحوظ في التطبيق العملي، غير أنه لاحظ من خلال القرارات التحكيمية المنشورة وجود انعكاسات لاتجاهات أخرى وهي الاتجاهات التي تدعوا للأخذ بالنظم الآتية:

---

[1]- حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق، المرجع السابق، ص ص 60،52.
- أحمد رشاد محمود سلام، المرجع السابق، ص 467 وما بعدها.

[2]- فؤاد ديب، " المحكم الدولي ونظم تنازع القوانين الوطنية"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، ، جامعة دمشق، دمشق، المجلد الرابع والعشرون، العدد الثاني، 2008، ص ص 43،42.

أ. نظام تنازع القوانين في قانون العقد (أي في قانون مقر العقد): وأنصار هذا الاتجاه هم من أتباع المذهب الموضوعي في تطبيق مبدأ قانون الإرادة.

ب.نظام تنازع القوانين في قانون دولة المقر (مقر التحكيم): ونادى بهذا الاتجاه معهد القانون الدولي في دورته المنعقدة بأمستردام سنة 1952،ومن أنصاره الأستاذ Sauser Hall الذي يرى أن في التحكيم مؤسسة ذات طبيعة مختلطة تعاقدية بمصدرها إجرائية بمضمونها وآثارها، مع تركيز أكبر على الطابع الإجرائي لها، ومن ثم فإنه يجب ربط نظام تنازع القوانين للمحكم الدولي بقواعد القانون الدولي الخاص في قانون البلد الذي يجري فيه التحكيم.

ويرى الاتجاه الفقهي السائد حاليا أن المحكم الدولي ليس ملزما من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع أو عند مراقبته اختيار المتعاقدين لهذا القانون إتباع قواعد الإسناد في قانون دولة المقر أو في قانون العقد...الخ، ما لم يكن هناك في العقد ما يدل على عكس ذلك، سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة، عن طريق الإحالة على نظام معين للتحكيم ينطوي على دلالة معينة واضحة بهذا الشأن. [1]

الفرع الثاني:

خضوع العقود الإدارية ذات الطابع الدولي للقانون الدولي العام استنادا لمسؤوليتها الدولية عند إخلالها بالتزاماتها التعاقدية

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن القانون الدولي العام غني بقواعد كفيلة بالتصدي لكافة المشاكل والمنازعات القانونية التي تثيرها العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، فالمحكم لن يرهق نفسه بالبحث عن حلول للمنازعات التي تكتنف هذه الأخيرة، فالقانون الدولي العام كفيل بحل النزاع فإعماله يضمن للطرف المتعاقد الخاص مع الدولة الحماية الأكيدة والفعالة، فمن ناحية يؤدي تدويل العقد إلى منح الطرف الخاص المتعاقد مع الدولة إمكانية التمسك بقواعد القانون الدولي العام في مواجهة الدولة المتعاقدة مباشرة وما يترتب على ذلك من حقوق تترتب له في مواجهتها.[2]

واختلف أنصار هذا الاتجاه في الأسانيد التي استندوا لها، فهناك من استند للمسؤولية الدولية للدولة عند إخلالها بالالتزامات العقدية، في حين استند البعض للإرادة الصريحة أو الضمنية للأطراف بإخضاعها لأحكام هذا القانون، في حين استند البعض الأخر لمسألة تمركزها في النظام الدولي، وهناك من استند للمعاهدات الدولية.

---

[1]- فؤاد ديب، المرجع السابق، ص 43.

[2]- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص 559.

انقسم أنصار هذا الاتجاه لثلاثة اتجاهات اتجاه يرى بأن كل مساس من قبل الدولة بالعقد يعد عملا مخالفا للقانون الدولي، في حين أن الاتجاه الثاني يرى بأن مساس الدولة بالعقد وحده غير كاف بل لابد من اقترانه بمخالفة دولية، ويرى الاتجاه الأخير أن عدم تنفيذ العقد في حد ذاته يشكل تصرفا مخالفا للقانون الدولي شريطة ارتباط ذلك بمضمون قواعد القانون الدولي المنظمة للعقود.

1. الاتجاه الأول: كل مساس من الدولة بالعقد يعد مخالفا للقانون الدولي

برز هذا الاتجاه خلال الخمسينيات والستينيات، ووفقه القانون الدولي يفرض الاحترام المطلق للعقود، ومن ثم فعد تنفيذ أي التزام مصدره عقد يشكل في حد ذاته إخلالا بالتزام دولي تنعقد بموجبه المسؤولية الدولية للدولة، لأن هذا الوضع غير المستقر من شأنه الإضرار بصالح الدول التي هي بأمس الحاجة للاستثمارات الأجنبية، لهذا فالعقود شأنها في ذلك شأن المعاهدات الدولية يجب أن تكون في منأى عن كل تصرف صادر عن الدولة من شأنه المساس بها، ولعل المادة الخامسة من المشروع[1] الذي وضعه الأستاذ La Pradelle لمجمع القانون الدولي أكثر تعبيرا عن هذا الاتجاه.

وعبرت عن هذا الاتجاه مذكرة الدفاع المقدمة من سويسرا أمام المحكمة الدائمة للعدل الدولي في قضية Losinger والتي جاء فيها ما يلي:" مبدأ القوة الملزمة للعقود مبدأ يعمل به ليس فقط بصدد العقود المبرمة بين الدول ولكن أيضا بشأن العقود المبرمة بين الدول والأجانب، نظرا للطابع الدولي الذي تتمتع به هذه العقود...الخ".

وقد وجهت العديد من الانتقادات لهذا الاتجاه يمكننا إجمالها فيما يلي:

- الحصانة المطلقة التي نادى بها أنصار هذا الاتجاه لا تتماشى مع القانون الدولي الوضعي، كما أن القضاء الدولي لم يتبنى هذا الاتجاه مطلقا.
- انتقد هذا الاتجاه على أساس أن جميع المنازعات التي جاء بها أنصار هذا الاتجاه لتأييد وجهة نظره والمتعلقة بالمصادرة وغيرها من الإجراءات المتسمة بالتحكم وعدم المساواة، لم تقرر فيها المحاكم الدولية أن مجرد المساس بالعقد يشكل عملا غير مشروع دوليا.
- يقر الفقه الحديث بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين إلا أنه لا يمكن إعماله على كل العلاقات التعاقدية الناشئة بين الدول والأشخاص الخاصة.

---

[1]- تنص المادة الخامسة على أنه:" يجب أن يحترم التأميم بوصفه تصرف بالإرادة المنفردة نابع عن السيادة، الالتزامات القائمة على التعهدات الصحيحة الصادرة عن الدولة سواء كان مصدرها المعاهدة أو العقد."

- لما كانت الأنظمة القانونية الداخلية تكرس مبدأ القوة الملزمة للعقد لكنها ليست بالقاعدة المطلقة، فالمدين يمكنه التحلل من التنفيذ العيني لالتزامه وذلك عن طريق التنفيذ بمقابل، ومن ثم فإن كان هناك مبدأ عام يتعين القول به فهو مبدأ التعويض بمقابل، وليس عدم المساس بالعقد.
- أنصار هذا الاتجاه بالغوا في قدسية العقد، فحماية الحقوق المكتسبة للأجانب تعني فقط أنه يتعين أن لا تكون محلا لأي إجراءات تعسفية، وأنه في حالة وقوع اعتداء عليها فإنه يلزم تعويض الطرف المتضرر.
- هذا الاتجاه يؤدي للتشبيه المطلق للعقود بالمعاهدات الدولية، صحيح أن كليهما يرتبان في ذمة الدولة التزامات، غير أنهما مختلفان من حيث كون العقد تصرف غير معقود بين دولتين ولا يخضع للقانون الدولي، بالإضافة لكون العقد لا يشكل معاهدة دولة.[1]

2. الاتجاه الثاني: مساس الدولة بالعقد لا يعد سببا لانعقاد مسؤوليتها

يرى هذا الاتجاه أن عدم التزام الدولة بتنفيذ العقد لا يشكل سببا لقيام المسؤولية الدولية واشترط أن يكون عدم التنفيذ مرتبطا بعمل يؤدي في حد ذاته مخالفة دولية، ويعد الأستاذ Mann من أبرز أنصار هذا الاتجاه ويسلم هذا الأخير بأن عقود الدولة تجد أساسها في القانون الوطني إلا أن هناك مبررات قوية تبرر اللجوء إلى تطبيق قواعد القانون الدولي العام، لأن هذا القانون هو القانون المناسب للعقد The Proper Law ففي الغالب ترفض الدولة الخضوع لقانون أجنبي كما أن الأشخاص الخاصة المتعاقدة معها ترفض الخضوع لقانون الدولة المتعاقدة، ووفق للأستاذ Mann فإن أحكام القانون الدولي العام تعد بمثابة الوسيلة الفعالة اللازمة لمواجهة هذه الظروف التي توفق بين مصالح الأطراف ومتطلبات نظام اقتصادي متقدم.[2]

ووفق هذا الاتجاه لا تتحقق المسؤولية الدولية للدولة بسبب عدم تنفيذ العقد إلا في حالة توافر عمل دولي غير مشروع مثل إنكار العدالة وهنا تتقرر مسؤولية الدولة استنادا لارتكابها عمل غير مشروع دوليا لا إلى عدم تنفيذ العقد.[3]

3. الاتجاه الثالث: مساس الدولة بالعقد يعد مخالفة للقانون الدولي متى ارتبط ذلك بمضمون قواعد القانون الدولي المنظمة للعقود

---

[1]- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص ص 563،568.
[2]- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص ص 361،362.
- أحمد رشاد محمود سلام، المرجع السابق، ص 484.
- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 448 وما بعدها.
[3]- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص 571.

يرى الأستاذ Prosper Weil أكثر المدافعين عن هذا الاتجاه، أن الاتجاه الأول ليس بالصحيح على أساس أن تضمن قواعد تتعلق باحترام العقود ومن ثم عدم تنفيذها يؤدي لتحريك المسؤولية الدولية، مسألة مختلفة عن القول بان القانون الدولي لا يتيح مطلقا اتخاذ أي إجراءات تؤدي للمساس بالعقد، إذ يتعين عدم الخلط بين مبدأ احترام العقد ومبدأ عدم المساس به، فإذا كان القانون الدولي يحرم بعض التصرفات الماسة بالعقد في ظروف معينة، فإنه يتيح للدولة القيام بتصرفات أخرى في ظروف أخرى، كما انتقد الاتجاه الثاني على أساس أن فكرة العمل غير المشروع والذي يؤدي وجوده لتحقق المسؤولية الدولية يعد منهجا غير واقعي يؤدي إلى نتائج غير مقبولة وتحليل غير حقيقي، وانتهى إلى أن القانون الدولي يتضمن قواعد قانونية تتعلق بتنفيذ العقود المبرمة بين الدولة والأطراف الأجنبية على الرغم من أن هذه العقود يحكمها القانون الداخلي، فالدولة لا تتمتع بأي سلطة تقديرية في مواجهة القانون الدولي، وعدم احترام الدولة لالتزاماتها التعاقدية يمكن أن يؤدي لتحريك مسؤوليتها الدولية، غير أن هذا لا يفهم من ذلك أن عدم تنفيذ أي عقد من قبل الدولة يشكل مخالفة في مفهوم القانون الدولي، كذلك قواعد القانون الدولي التي تتعلق بالعقود ليست هي ذات القواعد التي تنظم مباحث أخرى تقليدية في هذا القانون ولاسيما المعاهدات الدولية.[1]

وقد تعرض الاتجاه القائل بإخضاع العقود الإدارية ذات الطابع الدولي للقانون الدولي للنقد ومن جملة ما وجه له من نقد ما لي:

- عدم تمتع الطرف المتعاقد مع الدولة بصفة الشخص في القانون الدولي العام، ومن المتفق عليه أن القانون الدولي لا يسري إلا على أشخاصه، فعقود التي تبرمها الدولة لا تعد اتفاقا دوليا بسبب وجود طرف خاص في العقد.

وقد أوضح الأستاذ Wengler أن كل اتفاق مبرم بين طرفين لا يتمتع أحدهما على الأقل بكافة الشروط التي يتطلبها القانون الدولي العام لكي يكون هذا الطرف شخصا من أشخاص هذا القانون ومتمتعا بالأهلية التعاقدية الدولية ولم تضف عليه هذه الصفة بواسطة معاهدة دولية فعلية من أجل المساهمة في خلق قانون دولي احتياطي، لا يمكن أن يندمج في النظام القانوني الدولي، ولا تسري عليه أحكام القانون الدولي العام، كما أن الأستاذ Rigaux يرى بأن العقد لا يمكن أن يكون مصدرا للأهلية الدولية لأن العقد سابق على وجوده على نشأة الشخصية الدولية، في حين أن انطباق القانون الدولي العام على العقد يكون على أساس أن العقد مبرم بين شخصين من أشخاص القانون الدولي العام.

---

[1]- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص ص 577،580.
- أحمد رشاد محمود سلام، المرجع السابق، ص 484 وما بعدها.

▪ تعرض هذا الاتجاه للنقد لأنه قام بتشبيه العقد بالمعاهدات الدولية، وهناك فرق بينهما فالعقد ليس بالمبرم بين دولتين كما أنه لا يشكل معاهدة دولية بين الدولة المتعاقدة والدولة التي يتبعها الطرف الأجنبي.[1]

الفرع الثالث:

خضوع العقود الإدارية ذات الطابع الدولي للمبادئ العامة للقانون، وللقانون العابر للدول.

استند اتجاهين آخرين لتطبيق المبادئ العامة للقانون والقانون العابر للدول على العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، لأن القواعد الرسمية لا تؤدي بالضرورة إلى العدالة،[2] ومن أبرز الذين نادوا بفكرة خضوع العقود الإدارية ذات الطابع الدولي للمبادئ العامة للقانون الفقيه Mc Nair ، والذي استند لجملة من الأسانيد، كما أن قضاء التحكيم أيد هذا الاتجاه في أكثر من قضية سنقوم ببيانها، في حين يرجع الفضل في ظهور الاتجاه الذي قال بتطبيق القانون العابر للدول على العقود الإدارية ذات الطابع الدولي للقاضي الأمريكي Jessup، والذي وفقا لرأيه يتضمن كل القوانين التي تنظم التصرفات والأعمال التي تتجاوز النطاق الوطني للدولة الواحدة.

أولا: خضوع العقود الإدارية ذات الطابع الدولي للمبادئ العامة للقانون

عرفت المبادئ العامة للقانون على أنها:" مجموعة القواعد العامة والأساسية التي تهيمن على الأنظمة القانونية وتتفرع عنها قواعد أخرى تطبيقية تخرج إلى حيز التنفيذ في صورة التشريع والعرف، في حين أنها في دائرة المعاملات الدولية لا تحمل نفس الطابع فبعضها يستخلص من النظام القانوني الداخلي مثل مبادئ حسن النية وعدم التعسف، وبعضها يستخلص من النظام القانوني الدولي مثل مبادئ المساواة وحق الدولة في التمتع بثرواتها الطبيعية."[3]

ويرى الفقيه Mc Nair أن المحكمين الدوليين أخذوا بهذه المبادئ في الكثير من المنازعات المتعلقة بعقود الدولة مثل قضية Gold Fields، كما أوضح أنه عندما تحوز الدولة المتعاقدة والدولة التي ينتمي إليها الشخص الخاص المتعاقد معها أنظمة قانونية متطورة بالقدر الكافي الذي يؤهلها لأن تحكم هذا النوع من العقود، فإن المحكم عليه أن يختار بينهما أو يجمع بينهما عند الفصل في النزاع، أما إذا كان القانون الوطني لكل من الطرفين غير متطور بالقدر الكافي فإن النظام القانوني

[1]- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص ص 363،365.

[2] - Georgios I. Zekos, OP. Cit, p 27.

[3]- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 372.

الأكثر مناسبة ليحكم العقد هو المبادئ العامة للقانون المعترف بها من قبل الدول، وأخذ بهذه الفكرة في المادة الثانية من التوصية الصادرة عن مجمع القانون الدولي في دورة انعقاده في أثينا سنة 1979 حيث أجاز هذا الأخير للأطراف الاتفاق على تطبيق المبادئ العامة للقانون بوصفها القانون الواجب التطبيق على العقد.[1]

وبالرجوع لأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد بأنه نص صراحة على أنه في حالة غياب إرادة الأطراف يقوم المحكم بالفصل بحسب قواعد القانون والأعراف التي يراها ملائمة،[2] وفي مدلول فكرة المبادئ العامة للقانون استخلص الأستاذ Philippe Kahn ثلاث مدلولات لها من خلال أحكام التحكيم: ذهب البعض منها للقول بأن ذكر المبادئ العامة في العقد بواسطة أطرافه يعد مؤشرا قويا لانصراف إرادتهم لاستبعاد علاقتهم التعاقدية عن نطاق القانون الوطني، في حين أن طائفة من الأحكام التحكيمية تنظر للمبادئ العامة للقانون على أنها تمثل نظاما عاما عابرا للدول لا يمكن للأطراف المساس به، في حين الطائفة الثالثة من الأحكام التحكيمية تنظر للمبادئ العامة للقانون على أنها تتضمن العوامل الخالقة لنظام جديد عابر للدول، إلا أن هذه المبادئ العامة يمكنها أن تفسح المجال لإرادة الأفراد لتعبر عن نفسها بشكل مخالف لها، أو تترك المجال لمجرد إعمال القواعد الوطنية الخالصة.[3]

وأيد قضاء التحكيم إخضاع العقود الإدارية ذات الطابع الدولي للمبادئ العامة للقانون في عدد من القضايا منها قضية شيخ أبو ظبي ضد شركة Petroleum development company والتي انتهى فيها المحكم بتطبيق المبادئ العامة للأمم المتمدينة والتي هي وفقا لوجهة نظره القانون الإنجليزي، وكذلك قضية حكومة قطر ضد شركة International Marine Oil Company والتي انتهى فيها المحكم لتطبيق ما أسماه بمبادئ العدالة والإنصاف.[4]

وقد تعرض هذا الاتجاه لجملة من الانتقادات منها:

- المبادئ العامة للقانون لا تشكل نظاما قانونيا مستقلا وقائما بذاته يتميز عن الأنظمة القانونية الداخلية والدولية، فهي تعد أحد مصادر القانون الوطني والدولي ولا يمكن النظر إليها بعيدا عنهما.
- المبادئ العامة للقانون تؤدي لعدم إخضاع العقد لأي قانون وهو ما يؤدي في نهاية الأمر للخضوع للسلطة التقديرية الكاملة للمحكمين، وهو ما يفسح المجال واسعا أمامهم للتعسف وإرضاء

---

[1]- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص ص 372،373.
[2]- المادة 1050 من القانون رقم 09/08.
[3]- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص ص 774،775.
[4]- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص ص 373،374.



للمصالح الرأسمالية التي تسعى باستمرار للتعامل مع شعوب العالم الثالث دون التعرض للخضوع لنظمها القانونية الداخلية.

- هناك صعوبات فنية تواجه منهج البحث المقارن لاكتشاف وجود المبادئ العامة للقانون المعترف بها بين الدول المتمدينة.
- المبادئ العامة للقانون لا تعدو عن كونها سوى مبادئ قائمة في بعض قوانين الدول الغربية أطلق عليها وصف العالمية.
- وقال الأستاذ Jean Salmon أن الانتقاد الجوهري الذي يمكن إثارته هو أن المبادئ العامة تصطدم بالقواعد القانونية التي تتسم بطابع أكثر تحديدا، وأورد مثالا على ذلك فقال على سبيل المثال يصطدم مبدأ التقادم الذي يقبل ثبات الأوضاع نتيجة لمرور الوقت مع القواعد المحددة لمدة التقادم...الخ ، بالإضافة لكون هذه المبادئ تتسم بالعمومية وعدم الدقة وقلة الأمان وصعوبة تطبيقها على الوقائع الملموسة.
- الأنظمة القانونية تتضمن مبادئ عامة متعارضة ووجودها ضمن نظام قانوني متكامل يسمح لهذا النظام أن يضع القواعد الموضوعية والآليات التي تسمح بإزالة المتناقضات بين هذه المبادئ.
- وذهب الأستاذ Wengler إلى أن هذه المبادئ لا تتضمن حلولا للعديد من المسائل بالنظر لقلتها، ومن ثم فهذه المبادئ لا يمكن أن تحكم المسائل المتعلقة بتكوين العقد وصحته، كما أنه لا يمكنها ان تحدد بدقة ما يمكن اعتباره قوة قاهرة.
- كما أن الأحكام التي استند إليها أنصار هذا الاتجاه تعرضت بدورها للانتقاد على أساس أن المحكم كان يضع نصب عينيه نتيجة واحدة وهي تنحية القانون الإسلامي وتطبيق القانون الإنجليزي على أساس أنه يمثل المبادئ العامة للأمم المتمدنة.[1]

ثانيا: خضوع العقود الإدارية ذات الطابع الدولي للقانون العابر للدول

يرجع الفضل للأستاذ Philip C. Jessup القاضي بمحكمة العدل الدولية عند إصداره لمؤلفه الذي يحمل هذه التسمية Transnational Law في سنة 1956، والذي عرفه على أنه:" القانون الذي يشمل القواعد التي تحكم التصرفات والوقائع التي تتعدى حدود دولة واحدة"،[2] ويبدو من هذا التعريف أن هذا القانون يهدف أساسا لتجاوز التقسيم التقليدي القائم بين القانون الدولي العام والقانون

[1]- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص ص 785،783.
- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص ص 375،374.
[2]- نفس المرجع، ص ص 376،375.

الدولي الخاص، كما أنه يهدف للبحث عن قانون ملائم يطبق على العلاقات الناشئة بين أشخاص القانون الدولي والأشخاص الخاصة الأجنبية، كما يعبر عن الرغبة في التخلي عن قواعد تنازع القوانين المعمول بها في إطار القانون الدولي الخاص من أجل تنظيم العلاقات القانونية الناشئة بين الأشخاص الخاصة المتمتعة بجنسيات دول متعددة.

وهناك من قال بأن الميلاد الفقهي لنظرية القواعد عبر الدولية يعود لسنة 1928، في حين ذهب البعض إلى أن الميلاد الفقهي لنظرية القواعد العبر الدولية بدأ منذ بداية الستينيات من القرن العشرين وبالذات منذ انعقاد مؤتمر لندن في 1962/9/24 حول المصادر الجديدة لقانون التجارة الدولية.[1]

ويذهب الأستاذ Jean Flavien Lalive للقول بأن القانون العابر للدول لا يختلط لا بالقانون الدولي العام ولا بفكرة العقد الطليق، حيث أنه قريب من القانون الدولي والذي يستمد منه بعض علاماته المتميزة، والقانون العابر للدول نظام قانوني يتكون على نحو تلقائي بواسطة المتعاملين في إطار العلاقات التجارية الدولية وكذا بواسطة المؤسسات الدولية، وأيضا بواسطة قضاة التحكيم دون أي تدخل من القواعد الوطنية أو الدولية ليحكم عددا من الأنظمة الاقتصادية والتجارية، وهو قانون تسمح الدول بتطبيق أحكامه نظرا لتماشيه مع حاجات المعاملات الدولية الاقتصادية والتجارية.[2]

وقد انقسم الفقه بخصوص تطبيق القواعد عبر الدولية على العقود الإدارية ذات الطابع الدولي إلى قسمين:

الاتجاه الأول: الاتجاه المعارض لخضوع العقود الإدارية ذات الطابع الدولي للقواعد عبر الدولية

غالبية أنصار هذا الاتجاه فقه الدول النامية وقد حظي بدعم بعض الفقه الغربي كذلك، وقد تعددت الأسانيد التي استند إليها أنصار هذا الاتجاه نوردها على النحو التالي:

1. عدم وجود القواعد العبر الدولية: فقد ذهبت الدكتورة حفيظة السيد الحداد إلى أنها:" مازالت مجرد محاولات ومقترحات فقهية ولم تتجاوز هذا النطاق على الأقل في إطار العقود المبرمة بين الدول والأطراف الأجنبية هذا من جهة، كما أنه من الصعب تحديد هويتها وطبيعتها من جهة أخرى."[3]

2. القواعد عبر الدولية مجرد قواعد تعاقدية : فعلى سبيل المثال يرى الدكتور عبد الحكيم عبد الرحمن أن:" محتوى القانون عبر الدولي فضفاض، غير مؤكد، غامض في طبيعته وغير محدد في

---

[1] _ نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ص 154،153.
[2] _ حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص ص 753،752.
[3] _ نفس المرجع، ص 763.



نطاق تطبيقه، ويترتب على ذلك أن المحكم سيرجع لنظم قانونية أخرى مما يفتح الباب للنظرة الشخصية وهو أيضا مجرد من المحتوى في القانون الوضعي أيا قيمته المحتملة."

3. استند للطبيعة الخاصة لهذه العقود في استبعاد العقود الإدارية ذات الطابع الدولي من نطاق تطبيق القواعد العبر الدولية، فيرى الدكتور هاشم صادق:" تخرج العقود التي تبرمها الدولة بوصفها سلطة عامة، كما هو شان عقود التنمية واستغلال الثروات الطبيعية، من مجال تطبيق القانون التجاري الدولي... فهذا القانون قد نشأ ليحكم المعاملات التجارية الدولية بين الأشخاص الخاصة، وهو ما يمكن أن يمتد أيضا إلى العلاقات التجارية التي تكون الدولة طرفا فيها بوصفها شخص عادي... أما العلاقات التي تكون الدولة طرفا فيها بوصفها كذلك، وحيث يتعلق الأمر بعمليات إنتاجية طويلة الأجل تتعلق باستغلال الثروات الطبيعية للدول النامية، فإنه يصعب التسليم بانطباق القانون التجاري الدولي على هذه العلاقات التي تخرج عن مفهوم التجارة الدولية."[1]

ويترتب على الاتجاه السابق أن العقود الإدارية ذات الطابع الدولي تخضع لقانون الدولة الطرف في العقد، بوصفها عقودا من عقود القانون العام، وفيما يتعلق بتطبيق القواعد عبر الدولية باتفاق الأطراف فقد أجازه الفقه متى كان التحكيم بالصلح، ولما كان المشرع الجزائري قد نص صراحة على أن المحكمين يفصلون وفقا لأحكام القانون،[2] فإنه يكون قد فعل حسنا بتقييد المحكمين بالفصل في النزاع وفقا للقواعد القانون الموضوعية وهو ما سيؤدي بالنتيجة لرد الاتجاه السابق.

الاتجاه الثاني: الاتجاه المؤيد لخضوع العقود الإدارية ذات الطابع الدولي للقواعد عبر الدولية

يرى غالبية الفقه الغربي إمكانية تطبيق القواعد العبر الدولية على العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، واستندوا في ذلك للقرارات الصادرة عن الجمعيات العلمية المتخصصة في مجال القانون الدولي، لاسيما قرار مجمع القانون الدولي في سنة 1989 تحت عنوان: Arbitration Between States, State Enterprises or State Enities, and Foreign Enterprises لتضمنه قواعد تحقق مصطلح القواعد عبر الدولية منها: مبادئ النظام العام الدولي Principe of International public policy، ومصطلح المبادئ العامة للتحكيم الدولي General principles of international arbitration...الخ.[3]

ومن جملة ما وجه من انتقادات لهذا الاتجاه ما يلي:

---

[1]- نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ص 464،467.
[2]- المادة 1023 من القانون رقم 09/08.
[3]- نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ص 471،476.

- القانون العابر للدول ليس له مصادر قانونية خاصة به، وإنما مصادره مشتركة مع الأنظمة القانونية الأخرى (القانون الداخلي والقانون الدولي).
- كما أن هذا القانون لا يحوز آليات خاصة به لتوقيع الجزاءات على من يقوم بمخالفة قواعده، كما انه لا يحقق للأطراف المتعاقدة الأمان القانوني المطلوب لأن أنصار هذا الاتجاه لم يحددوا بدقة قواعد هذا القانون.[1]

نرى بأن المشكلة الأساسية التي تنجر عن تطبيق القواعد العبر الدولية على العقود الإدارية ذات الطابع الدولي هو المساس بالطبيعة الخاصة لهذه الأخيرة، وكذا عدم وجود قواعد عبر دولية كافية تلاءم خصوصية هذا النوع من العقود، وحتى ولو قام المحكم بتطبيق هذه القواعد على أساس تغطية النقص في القواعد القانونية في قانون الدولة المتعاقدة فإن المحكم يتعين عليه أن يراعي على وجه الخصوص النظام العام والقواعد الداخلية ذات التطبيق الضروري في قانون هذه الدولة.

المبحث الثاني:
حكم التحكيم وفعاليته الدولية

بعد تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع وسير هيئة التحكيم في الدعوى التحكيمية، تصل إجراءات التحكيم في النهاية للغاية المرجوة والتي تكون الأطراف المتنازعة بانتظارها وهي صدور الحكم التحكيمي خلال الفترة المحددة ومستوفيا لكافة الشروط القانونية المتطلبة لصدوره، ولا يبقى هذا الأخير في منأى عن رقابة قضاء الدولة فبالنظر للطبيعة الخاصة للعدالة التي يقوم بها قضاء التحكيم والمستند في أساسه لإرادة الأطراف يضفي على طرق الطعن في الحكم التحكيمي ذاتية خاصية.

ولما كان مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي أحد أهم المبادئ الأساسية المستقر عليها في القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية، لأن مسألة العلاقة بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلي تثار في حالتين أولهما بمناسبة التمسك ببطلان العقد الأصلي أو انقضائه لأحد أسباب الانقضاء، وثانيهما هي الحالة العكسية حيث يكون العقد صحيحا في حين أن هناك عارض قانوني أصاب اتفاق التحكيم، وسنقوم ببيان هذا المبدأ والآثار المترتبة عليه مادام هذا الأخير وثيق الصلة ببطلان حكم التحكيم.

---

[1]- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 377.

المطلب الأول:
صدور حكم التحكيم وإمكانية الطعن فيه

بعد اكتمال التحقيقات وإقفال باب المرافعات يصل المحكمون إلى المرحلة الأخيرة من مراحل الإجراءات التحكيمية وهي مرحلة إعداد الحكم التحكيمي تمهيدا لإصداره محققين بذلك الغاية من العملية التحكيمية وهي الفصل في موضوع النزاع،[1] فالهدف الرئيسي للحكم هو جعل هذا الأخير نهائيا وملزما بشأن القضية موضوع النزاع،[2] ومتى كانت محكمة التحكيم مشكلة من محكم فرد كان أمر إصدار الحكم التحكيمي هينا حيث لا يتداول ولا يتناقش مع نفسه، في حين لو كانت هيئة التحكيم مشكلة من أكثر من محكم فإن الأمر سيكون أكثر تعقيدا، لأن هذه التشكيلة المتعددة تحتم اللجوء إلى المناقشات والمداولات بينهم، وصولا إلى إصدار حكم تحكيمي بإجماع أو أغلبية الآراء، وتكون هذه المداولات سرية، كما أوجب المشرع الجزائري تضمنها عرضا موجزا لإدعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم، وتكون هذه الأحكام مسببة.

نتناول كيفية صدور حكم التحكيم، مبرزين مختلف المراحل التي يمر بها هذا الأخير، ومدى إمكانية الطعن في أحكام التحكيم وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول:
صدور حكم التحكيم

بمجرد انتهاء هيئة التحكيم من نظر النزاع فإنها تبت في موضوع النزاع بحكم تحكيمي، قائم على الطلبات المقدمة له أثناء التحكيم،[3] وقد حدد المشرع الجزائري جملة من الشروط الواجبة التوافر فيه حتى يكون هذا الأخير صحيحا ومنتجا لآثاره، منها ما هو متعلق بميعاد إصداره، ومنها

---

[1]- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 370.

[2] - Ray Turner, Arbitration Award: a practical approach , Blackwell Publishing, Oxford, UK, First edition, 2005, p 4.

[3] - Ray Turner, OP. Cit, p 3.

ما هو متعلق بتسيلمه وأخيرا سنقوم ببيان الشكل الذي تأخذه أحكام التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي وذلك على النحو التالي:

أولا: ميعاد إصدار حكم التحكيم

يتعين على هيئة التحكيم إصدار الحكم التحكيمي المنهي للنزاع خلال المدة المحددة لإصداره، ونادرا ما تحدد العقود الدولية مدة معينة تقوم خلالها المحكمة بإصدار قرار تحكيمي في النزاع،[1] وقد يقوم الأطراف بتحديد هذا الميعاد مباشرة في اتفاق التحكيم أو بطريقة غير مباشرة كالإحالة إلى لائحة مركز التحكيم، وهذا من أجل أن يتحقق ما دفع بالأطراف المتعاقدة للجوء إلى التحكيم لفض المنازعات التي قد تنشأ عن العقد، وهي السرعة لكون هذا النوع من المنازعات يتعلق بمبالغ كبيرة جدا وطول إجراءات التقاضي أمام الجهات القضائية المختصة من شأنه أن يلحق بكلا الطرفين خسائر كبيرة، ويبدأ سريان الميعاد إما منذ بدء إجراءات التحكيم أو منذ اكتمال تشكيل هيئة التحكيم أو منذ انتهاء الجلسات التحكيمية وإقفال باب المرافعات.

وينتهي الأمر بإصدار المحكمين للحكم التحكيمي خلال المدة المتفق عليها، غير أن هيئة التحكيم قد لا تتمكن من الفصل في النزاع المعروض عليها خلال المدة المتفق عليها في مثل هذه الحالة يجوز للأطراف الاتفاق على تمديد ميعاد إصدار الحكم التحكيمي، وهنا قد يتفق الأطراف على تحديد مدة معينة في التمديد بانقضائها يتعين أن تفصل هيئة التحكيم في النزاع بحكم بات، لكن ما هو الحل في حالة عدم اتفاق الأطراف؟

نص المشرع الجزائري صراحة هذه المسألة على أنه في حالة عدم اتفاق الأطراف على تمديد الأجل فإن الأجل يتم تمديده وفقا لنظام التحكيم، وفي غياب ذلك يتم من طرف رئيس المحكمة المختصة،[2] ولم يقم المشرع بتحديد أجل معين للتمديد وإن كانت في الحالة الأولى والتي يتم في التمديد وفقا لنظام التحكيم يمكن أن تكون محددة في هذا الأخير، لكن المشرع المصري حدد هذه المدة في نص المادة 1/45 من قانون التحكيم لسنة 1994 بستة أشهر ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك.[3]

---

[1]- أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص 90.
[2]- المادة 2/1018 من القانون رقم 09/08.
[3]- أسرة التحرير، " نصوص وقوانين واتفاقيات التحكيم وطنيا وإقليميا ودوليا"، المرجع السابق، ص 146.

نلاحظ في هذا الصدد الفرق في المدة التي أوجب فيها الفصل في النزاع والتي يبدوا فيها أن المشرع الجزائري أراد تجسيد السرعة في الفصل في أحكام التحكيم من خلال جعل هذه المدة إلى 4 أشهر وهو ما أغفله المرسوم التشريعي رقم 09/93، في حين أن المشرع المصري جعلها 12 شهرا، غير أن هذا النص قد لا يضمن السرعة في الفصل في حالة اتفاق الأطراف سواء بطريقة مباشرة وغير مباشرة على أجل لإتمام المحكمين للمهمة التحكيمية والذي قد يزيد على 4 أشهر، ويرجع عدم تحديد هذه المدة ابتداء وتحديدها في حالة عدم اتفاق الأطراف تكريسا لمبدأ حرية الأطراف وكذلك لندرة وجود اتفاق تحكيم يحوي على ميعاد لإصدار حكم التحكيم كما قال الأستاذ Fouchard ، كما أنه أعاب في تحديد الأطراف له أن هؤلاء لا يتعذر عليهم العلم عند إبرام اتفاق التحكيم بالوقت الذي سيستغرقه حل نزاعاتهم لجهلهم بهذا النزاع وبطبيعته وكذا درجة تعقيده.[1] ولم يقم المشرع الجزائري بتحديد المدة التي يجب بعد انقضائها على المحكم الفصل في النزاع في حالة التمديد، و نص على صحة اتفاق التحكيم وإن لم يحدد أجل لإنهائه، وفي هذه الحالة ألزم المحكمين بإتمام مهمتهم في ظرف أربعة أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم، في حين أن المشرع المصري جعل مدة إصدار حكم التحكيم خاضعة لاتفاق الطرفين وفي حالة عدم وجود اتفاق بين الطرفين على تحديد هذه المدة أوجب أن يصدر الحكم خلال إثني عشر شهرا من تاريخ بدء إجراءات التحكيم.

حسنا فعل المشرع الجزائري بجعله تقرير مد أجل التحكيم مرتبطا بموافقة الأطراف بعد أن أقر ابتداء إمكانية قيام الأطراف بتحديد هذا الأجل وهو ما يستنتج بمفهوم المخالفة لأحكام المادة 1018 ق.إج.م.إد، غير أن قانون التحكيم المصري جعل تمديد أجل التحكيم يتم من قبل هيئة التحكيم، وحسنا فعل كذلك عندما لم ينص على إمكانية التمديد لمرة أخرى على غرار المشرع المصري.

ولما كانت السرعة في الفصل في النزاع هي الهدف من اللجوء إلى إدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي[2] بالإضافة لجملة من الأسباب الأخرى ، نرى وإن كان المشرع لم يحدد ابتداء مدة يعين إصدار الحكم التحكيمي خلالها تاركا الحرية للأطراف رغبة منه في تجسيد مبدأ حرية الأطراف المتعاقدة، إلا أنه كان من المستحسن تحديد أجل أقصى لا يتعين تجاوزه ويكون

[1]- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 386.

[2]- غير أن التحكيم قد لا يكون وسيلة سريعة لتسوية المنازعات، فمثلا الواقع أن متوسط الفترة التي تستغرقها إجراءات التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية الاستثمار هي سنتان ونصف تقريبا، غير هذه المدة قد تختلف من قضية لأخرى.
- جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص ص 55،56.

لمدة 4 أشهر، مع إجازة التمديد متى اقتضت الضرورة ذلك ولمرة واحدة وتحديد مدة للتمديد وأن لا تتجاوز هذه الأخيرة المدة الأولى.

ثانيا: تسليم حكم التحكيم

يعتبر حكم التحكيم قد صدر عن هيئة التحكيم بإعلانه وتسليمه للأطراف، لا يعد حكم التحكيم حكما بالمعنى الفني الدقيق إلا من التاريخ الذي يخرج فيه الحكم عن ولاية الهيئة التحكيمية، وقبل هذا التاريخ يعد بمثابة مشروع حكم تتدخل فيه هيئة التحكيم بالحذف أو التعديل أو الإضافة.

وقد اختلفت التشريعات في مسالة إيداع حكم التحكيم، فقانونين الفرنسي والإنجليزي يلاحظ انه يتم إيداع حكم التحكيم في مركز التحكيم المؤسسي او الحر الذي انعقد فيه التحكيم، أو في قلم كتاب إحدى المحاكم القضائية في الدولة التي صدر على إقليمها، مما يعني أن إيداع حكم التحكيم في كتابة ضبط إحدى المحاكم القضائية أمر اختياري في القانونين الفرنسي والإنجليزي.

وبالنسبة للقانون المصري أوجب إيداع حكم التحكيم في كتابة ضبط إحدى المحاكم القضائية المصرية، حيث نصت المادة 47 من قانون التحكيم لسنة 1994 على أنه يجب على من صدر الحكم لصالحه أن يودع أصله أو صورة موقعة منه باللغة التي صدر بها أو ترجمة لها باللغة العربية مصدق عليها من جهة معتمدة، في كتابة ضبط محكمة استئناف القاهرة أو في قلم كتابة أية محكمة استئناف أخرى يتفق عليها الطرفان، ويحرر كاتب المحكمة محضرا بهذا الإيداع ويكون لكل من طرفي التحكيم الحصول على هذا المحضر.[1]

لا نجد نصا مماثلا للنص السابق في القانون الجزائري، بل اكتفى المشرع بإلزام الطرف الذي صدر الحكم لصالحة بإيداعه بأمانة المحكمة في حالتين: الحالة الأولى في تنفيذ أحكام التحكيم وهنا يقوم الطرف الذي يهمه التعجيل بإيداع حكم التحكيم سواء النهائي أو الجزئي أو التحضيري بأمانة ضبط المحكمة[2] (محكمة محل التنفيذ باعتبار أن مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني)، أما الحالة الثانية وهي في حالة الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر فهنا يتعين تقديم الأصل.[3]

ثالثا: شكل حكم التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي

---

[1]- أسرة التحرير، " نصوص وقوانين واتفاقيات التحكيم وطنيا وإقليميا ودوليا"، المرجع السابق، ص 147.

[2]- المادة 1035 من القانون رقم 09/08.

[3]- المادتين 1051،1052 من نفس القانون.

يصدر حكم التحكيم غالبا في شكل مكتوب،[1] وقد نصت المادة الثانية من لائحة اليونسترال لسنة 1976 على وجوبية أن يتم إصدار حكم التحكيم كتابة،[2] كما أن اتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى نصت في المادة 48 على وجوبية أن يكون حكم التحكيم مكتوبا كما ألزم أعضاء المحكمة الذين صوتوا لصالحه،[3] كما نص المشرع المصري على وجوبية صدور حكم التحكيم كتابة بموجب المادة 1/43 منه، وبالرجوع للتشريع الجزائري لا نجد نصا صريحا على وجوبية صدور حكم التحكيم كتابة، لكن يستشف من مجموعة من أن الحكم لا بد أن يكون مكتوبا حيث:

- نص المشرع على وجوب تضمين أحكام التحكيم عرضا موجزا لإدعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم، كما اوجب أن تكون هذه الأخيرة مسببة.
- تضمين حكم التحكيم جملة من البيانات الإلزامية.
- توقيع أحكام التحكيم من قبيل جميع المحكمين، وفي حالة امتناع الأقلية عن التوقيع يشير بقية المحكمين إلى ذلك.
- إيداع أصل الحكم في تنفيذ أحكام التحكيم. [4]

تقف القوانين الوطنية والمعاهدات الدولية المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم بالمرصاد لأحكام التحكيم الشفوية عند طلب تنفيذها أمام المحاكم الوطنية، حيث تتطلب تقديم أصل الحكم التحكيمي والذي يكون مكتوبا، فقد نصت المادة الرابعة من اتفاقية الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية الموقعة بنيويورك لسنة 1958 على أنه يتعين على من يطلب الاعتراف والتنفيذ المنصوص عليهما أن يقدم مع الطلب: أصل الحكم الرسمي أو صورة من الأصل تجمع الشروط المطلوبة لرسمية السند...الخ.[5]

الـــــفـــرع الـــــثـــانـــــي:
الـــطــعــن فــــي أحــكـــــام الـــتحكــيــم

إن أحد أهم عوامل اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي هو السرعة فيها من قبل محكمين أكفاء، بعيدا عن ما يكتنف القضاء الوطني للدولة، والذي قد يتوافر

---

[1] - Ray Turner, OP. Cit, p 9.

[2]- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 387.

[3]- أسرة التحرير، " نصوص وقوانين واتفاقيات التحكيم وطنيا وإقليميا ودوليا"، المرجع السابق، ص 192.

[4]- المواد 1027/ 1028/1029/ 1035من القانون رقم 09/08.

[5]- أسرة التحرير، " نصوص وقوانين واتفاقيات التحكيم وطنيا وإقليميا ودوليا"، المرجع السابق، ص ص 171،170.

على الخبرة الكافية في مثل هذه المنازعات، غير أن المحكمين الذين يتولون الفصل في النزاع غير معصومين من الخطأ، ولما كان الحكم التحكيمي بمجرد صدوره يستنفذ ولاية هيئة التحكيم،[1] وهنا تظهر الحاجة لمعقب لتصحيح خطأ وقع فيه المحكم أو لإعادة الأمور لنصابها.

و الرقابة على صحة حكم المحكمين من حيث صحة اتفاق التحكيم والإجراءات وتطبيق القانون على النزاع تطبيقا صحيحا لا يتأتى إلا من خلال الطعن ببطلان حكم المحكمين، كما لا يكون لمحكمة التحكيم المختصة رقابة محدودة من خلال طلب تنفيذ حكم المحكمين.

سنبين طبيعة وإجراءات دعوى البطلان لأحكام المحكمين، وأسباب الطعن بالبطلان في هذه الأحكام، وإلى المحكمة المختصة على النحو التالي:

أولا: موقف القوانين الوضعية من الطعن في أحكام التحكيم

قرر المشرع الجزائري طريقا واحدا للطعن في أحكام التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي وهو رفع دعوى بطلان أصلية، وقد انقسمت الأنظمة القانونية في شأن نطاق البطلان إلى اتجاهين، الاتجاه الأول: وهو الاتجاه الموسع لنطاق البطلان ويعد كل من القانونين الجزائري والمصري من قبيل هذه الأنظمة، فقد منح المشرع المصري لقضائه الاختصاص بنظر دعاوى البطلان إذا كان التحكيم قد جرى في مصر بصدد منازعة دولية أو كان قد جرى في الخارج وكان القانون المصري هو المطبق على إجراءات التحكيم بناء على اتفاق التحكيم،[2] وهو ما أخذ به المشرع الجزائري من خلال استقراء أحكام المادتين 1055 و 1058، حيث نص على إمكانية الطعن في أحكام التحكيم الدولي بطرق الاستئناف وحدد هذه الحالات على سبيل الحصر، ونصت المادة 1058 على إمكانية أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في نفس الحالات التي يكون تكون أحكام التحكيم الدولي فيها قابلة للاستئناف.

غير أن هناك اتجاها ضيق في نطاق البطلان على سبيل المثال القانونين البلجيكي السويسري، حيث نص الأول على عدم اختصاص المحاكم البلجيكية بنظر دعاوى البطلان إلا إذا كان أحد الأطراف في المنازعة التي فصل فيها الحكم التحكيمي شخص طبيعي يتمتع بالجنسية البلجيكية أو له موطن في بلجيكا أو شخص اعتباري تم تكوينه في بلجيكا أو له فرع أو مقر للإعمال فيها أيما كانت طبيعته،[3] وتضمن القانون الدولي الخاص السويسري النص على أنه في حالة ما إذا لم يكن

---

[1]- غير أنه يمكن للمحكم تفسير الحكم، أو تصحيح الأخطاء المادية والإفالات التي تشوبه، المادة 1030 من القانون رقم 09/08.

[2]_ حفيظة السيد الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د ط، د س، ص 94.

[3]_ نفس المرجع، ص 107.

للطرفين لا موطن ولا محل إقامة معتادة ولا مؤسسة في سويسرا، فإنه يمكننهم من خلال إعلان رغبتهم الصريحة في اتفاق التحكيم أو في اتفاق مكتوب لاحق، استبعاد كل طريق للطعن على الحكم التحكيمي الصادر عن محكمة التحكيم، كما يمكنهم كذلك عدم استبعاد الطعن بالبطلان إلا بالنسبة لبعض الأسباب.[1]

1. مدة رفع دعوى البطلان

حدد المشرع الجزائري المدة التي يجب أن يرفع الاستئناف خلالها وهي أجل شهر واحد ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة، وفي الطعن بالبطلان في حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر نص المشرع الجزائري على أن هذا الطعن لا يقبل بعد أجل شهر من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ، غير أن هذا الأخير يرفع حدد الجهة التي يتم رفعه أمامها وهو المجلس القضائي الذي صدر الحكم في دائرة اختصاصه.[2]

نرى أن المشرع الجزائري نص على إمكانية أن يقوم المحكم بتفسير الحكم،[3] غير أنه لم حدد أجلا معينا لصدور على غرار باقي التشريعات،[4] ويعد هذا الحكم التفسيري في هذه الحالة متمما للحكم الأصلي،[5] وفي هذه الحالة هل تسري مدة الطعن من تاريخ التبليغ الرسمي؟ أو من تاريخ صدور الحكم التفسيري؟ ولم يحدد المشرع الجزائري مدة يلتزم فيها المحكم بإصدار تصحيح الأخطاء المادية والإغفالات التي تشوبه. وفي هذا الصدد فرق البعض بين حالتين، الحالة الأولى وهي في حالة ما إذا صدر الحكم التفسيري مغايرا في منطوقه لحكم التحكيم قبل انتهاء ميعاد رفع الدعوى ببطلان حكم التحكيم فإن هذه المدة تبدأ من تاريخ الحكم الأصلي، أما في الحالة الثانية وهي في حالة صدور الحكم التفسيري المغاير بعد انتهاء مدة رفع الدعوى فهنا تبدأ مدة ثلاثين يوم (شهر وفقا للتشريع الجزائري) جديدة لرفع الدعوى.[6]

2. أسباب بطلان حكم التحكيم

وردت الأسباب التي متى توافرت كان حكم التحكيم قابلا للطعن بالبطلان في كل من القوانين الوضعية التي نظمت التحكيم وكذا في اتفاقية نيويورك، وقد وردت هذه الأسباب على سبيل الحصر لا على سبيل المثال، وهي:

---

[1]_ نفس المرجع، ص 109.

[2]- المواد 1059/1058/1057 من القانون رقم 09/08.

[3]- المادة 1030 من نفس القانون.

[4]- مثلا حددها المشرع الأردني في نص المادة 45 من قانون التحكيم رقم 31 لسنة 2001 بثلاثين يوما، راجع في هذا الصدد: أسرة التحرير، " نصوص وقوانين واتفاقيات التحكيم وطنيا وإقليميا ودوليا"، المرجع السابق، ص 35.

[5]- مهند أبو مغلي، أمجد حمدان الجهني، المرجع السابق، ص 286.

[6]- نفس المرجع ، ص 287.



أ. إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي

إن فكرة النظام العام فكرة متغيرة وتخضع لتقدير القاضي الذي ينظر دعوى بطلان حكم التحكيم،[1] وقد فرق كل من المشرعين الجزائري والفرنسي بين فكرتي النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي، فالأول هي المبادئ المستخلصة من القوانين الفرنسية، في حين أن الثانية هي مجموعة المبادئ المستخلصة من المقتضيات الأساسية في مختلف القوانين الوطنية، والهدف من هذه التفرقة هو تضييق نطاق الطعن بالبطلان ضد أحكام التحكيم الدولية وحصرها في أضيق الحدود،[2] في حين أن المشرع المصري قصر ترتيب البطلان في أحكام المادة 53 من قانون التحكيم لسنة 1994 على مخالفة التحكيم للنظام العام في جمهورية مصر العربية.[3]

ب. إذا فصلت محكمة التحكيم بناء على اتفاقية باطلة

وتكون اتفاقية التحكيم باطلة متى تعلقت بأحد المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها، وقد حددها المشرع الجزائري وهي المسائل المتعلقة بالنظام العام، أو حالة الأشخاص وأهليتهم، كما نص على عدم جواز لجوء الأشخاص العامة للتحكيم إلا في حالتي وهما بصدد علاقاتها الاقتصادية الدولية، أو في إطار الصفقات العمومية.[4]

وتكون اتفاقية التحكيم كذلك باطلة في حال عدم وجود رضا، فصحة التحكيم مرتبطة بإرادة الأطراف التي يتعين أن تكون سليمة من كل أنواع عيوب الرضا،[5] ودون المساس بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي يستطيع المحكم إخضاع مسألة الرضا وجودا وعدما للقواعد التي اختارها الأطراف لتحكم العقد الأصلي، إلا إذا كانت الإرادة قد اختارت قانونا آخرا يسري على اتفاق التحكيم.

ج. إذا فصلت محكمة التحكيم دون اتفاقية تحكيم، أو بعد انقضاء مدة الاتفاقية

يعد اتفاق التحكيم الأساس الذي يستمد منه المحكم سلطته في الفصل في النزاع المعروض عليه، ومتى لم تتوافر هذه الأخيرة فإن اتفاق التحكيم يكون باطلا، والمقصود بانقضاء مدة الاتفاقية

---

[1]- نفس المرجع، ص 292.
[2]- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 408
- تراري ثاني مصطفى، المرجع السابق، ص 17.
[3]- أسرة التحرير، " نصوص وقوانين واتفاقيات التحكيم وطنيا وإقليميا ودوليا"، المرجع السابق، ص 148.
[4]- المادة 1006 من القانون رقم 09/08.
[5]- حفيظة السيد الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 128.
- صلاح الدين جمال الدين، محمود مصيلحي، المرجع السابق، ص 148.

انتهاء الأجل المحدد لإصدار حكم التحكيم والتي تنتهي بانتهائها خصومة التحكيم، فلو صدر الحكم خرج الأجل كان للطرف المتضرر أن يطعن فيه بالبطلان.

د. إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون

نص المشرع الجزائري على أن تشكيلة محكمة التحكيم تتكون من محكم أو عدد من المحكمين بعدد فردي،[1] ومتى خولفت قاعدة الوترية فإن التشكيلة تكون باطلة بطلانا مطلقا،[2] ويكون تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون إذا أسندت مهمة التحكيم لشخص طبيعي لا يتمتع بحقوقه المدنية، كما أن تشكيل محكمة التحكيم لا يكون صحيحا إذا لم يقبل المحكم أو المحكمون المهمة المسندة إليهم، أو أن المحكم علم بأنه قابل للرد ولم يخبر الأطراف لكي يوافقوا على بقائه.

ه. إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها

لما كان المحكم يستمد سلطته في الفصل في المنازعة من إرادة الأطراف فإنه من المنطقي أن يكون هذا الأخير مقيدا عند الفصل في المنازعة بحدود المهمة المخولة له من قبل أطراف اتفاق التحكيم، ومن ثم فإن تجاوزه لهذه الحدود يكون الحكم محلا للطعن بالبطلان،[3] كأن يفصل المحكم في النزاع وفقا لقواعد العدالة والإنصاف على أساس التسوية الودية غير ملتزم بتطبيق القانون، في حين أن الأطراف اتفقوا على تطبيق قواعد قانون معين، أو أن المحكم قام بالفصل في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم.

و. إذا لم يراع مبدأ الوجاهية

احتراما لمبدأ احترام حقوق الدفاع، فعند ممارسته لمهمته بالفصل في النزاع يعد بمثابة قاضي يؤدي ذات الوظيفة ويقوم بنفس الدور الذي يقوم به هذا الأخير عند الفصل في المنازعة المعروضة عليه ، بالإضافة لذلك فمبدأ الوجاهية يرتبط ارتباطا وثيقا بمبدأ المساواة بين الأطراف في كافة مراحل نظر النزاع لغاية صدور الحكم،[4] ويذهب الأستاذ E. Gaillard إلى أن إعمال مبدأ الوجاهية يثير الملاحظات التالية: أولا أنه يكفي لتحقيق احترام مبدأ الوجاهية أن يكون كل طرف أتيحت له الفرصة في أن يعرض حججه، حتى ولو كان في امتنع في الواقع عن القيام بذلك، فغياب أحد

---

[1]- المادة 1017 من القانون رقم 09/08.

[2]- في حين أن البعض يرى بأن حكم التحكيم لا يكون باطلا وذلك لأن الأمر يتعلق بحكم إجرائي وأن الغاية من هذا الحكم قد تحققت بالفعل . علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 404

[3]- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 403.

- صلاح الدين جمال الدين،محمود مصيلحي، المرجع السابق، ص 151.

[4]- نفس المرجع، ص ص 159،160.

الأطراف لا يحول مطلقا دون أن تكون الإجراءات التي تمت أمام محكمة التحكيم قد احترمت مبدأ الوجاهية.[1]

ي. إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها أو وجد تناقض في الأسباب

أوجب المشرع الجزائري تسبيب أحكام التحكيم،[2] ورتب البطلان في حالة ما إذا كانت الحكم التحكيمي غير مسبب، ولم يقصر المشرع البطلان على حالة عدم تسبيب محكمة التحكيم حكمها، وإنما رتب البطلان كذلك في حالة ما إذا كان تسبيب الحكم التحكيمي متناقضا.

ويرفع الاستئناف أمام المجلس القضائي خلال أجل شهر واحد ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة،[3] وتوقف الطعون تنفيذ أحكام التحكيم.[4]

نرى أن المشرع الجزائري أغفل حالة نرى بأنها أكثر الحالات أهمية ألا وهي حالة استبعاد القانون الواجب التطبيق الذي تم اختياره بناء على اتفاق الأطراف، لأن القانون الواجب التطبيق على العقود الإدارية ذات الطابع الدولي ذو أهمية بالغة، من حيث تكييف العقود وكذا الآثار المترتبة على هذا التكييف....الخ، ومن ثم فترتيب البطلان على استبعاد القانون المختار يعد نتيجة حتمية لأن أحكام التحكيم كرست مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق وحماية له كان من المستحسن لو أن المشرع نص على حالة استبعاد القانون المختار من قبل المحكم أو هيئة التحكيم، كما أن المشرع لم ينص على حالة وجود التأثير غير مشروع الذي قد يقع على أحد أعضاء المحكمة كسبب للطعن في الحكم التحكيمي، مع أن الأمر وارد لاسيما في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي .

ثانيا: موقف المعاهدات الدولية من الطعن في أحكام التحكيم

حددت اتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى حالات الطعن في أحكام التحكيم في نص المادة 1/53 منها بقولها:" يكون حكم التحكيم ملزما للطرفين، ولا يكون قابلا للاستئناف أو لأي طعن أخر فيما عدا ما نص عليه في هذه الاتفاقية...الخ"[5] ومن هنا فإن الحكم الصادر عن المركز لا يجوز الطعن فيه بالبطلان أمام القضاء

---

[1]- حفيظة السيد الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص ص 195،192.
[2]- المادة 1027 من القانون رقم 09/08.
[3]- المادة 1057 من نفس القانون.
[4]- المادة 1060 ن نفس القانون.
[5]- أسرة التحرير، " نصوص وقوانين واتفاقيات التحكيم وطنيا وإقليميا ودوليا"، المرجع السابق، ص 194.

الوطني، وأجازت الاتفاقية طلب إعادة النظر في الحكم، وكذا طلب إبطاله أمام المركز وحدد حالات كل منها على النحو التالي:

1. طلب إعادة النظر في الحكم

نظمت المادة 51 من الاتفاقية هذه المسألة وحددت شروطها على النحو التالي:

_ تقديم طلب بإعادة النظر في الحكم للسكرتير العام.

_ أن يؤسس الطلب على أساس اكتشاف واقعة من طبيعتها أن تؤثر في الحكم تأثيرا حاسما.

_ أن تكون الواقعة مجهولة للمحكمة وللطالب عند صدور الحكم، شريطة ان لا يكون الجهل ناشئا عن تقصير هذا الأخير.

_ وجوب تقديم هذا الطلب خلال أجل 90 يوما من تاريخ اكتشاف الواقعة، وأن لا تكون قد انقضت ثلاثة سنوات على صدور الحكم.

ويعود اشتراط مدة ثلاث سنوات جلية لاستقرار المراكز القانونية والحقوق التي يكون مصدرها الحكم التحكيمي، ومن ثم فلا يجوز أن يكون الحكم الصادر عرضة للإلغاء إلى أجل غير مسمى.[1]

ويختص بالفصل في هذا الطلب هيئة التحكيم التي أصدرت الحكم المتظلم منه متى كان ذلك ممكنا، وفي حالة ما إذا كان ذلك غير ممكن يتم تأليف محكمة جديدة للفصل فيه، ومتى رأت المحكمة أن الظروف تتطلب توقيف تنفيذ الحكم إلى حين إصدار قرارها، في حين أنه لو قدم الطالب توقيف تنفيذ الحكم في طلبه فغن التنفيذ يوقف لحين فصل المحكمة في هذا الطلب.

2. طلب إبطال الحكم

نظمت المادة 52 من الاتفاقية هذه المسألة وحددت الأسس التي ينبني عليها هذا الطلب، ويوجه هذا الطلب إلى السكرتير العام، وتتمثل هذه الأسس التي يمكن الاستناد إلى واحد أو أكثر منها فيما يلي:

_ أن المحكمة لم تكن مكونة تكوينا سليما.

_ أن المحكمة قد تجاوزت سلطاتها بشكل ظاهر.

_ أن تأثيرا غير مشروع قد وقع على أحد أعضاء المحكمة.

_ أنه قد وقع تجاوز خطير لقاعدة أساسية من قواعد الإجراءات

[1]- طرح البحور علي حسن، الاختصاص القضائي الدولي بحكم التحكيم، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2006، ص 123.

_ أن الحكم قد أخفق في بيان الأسباب التي بني عليها.

ويقدم طلب الإبطال خلال أجل 120 يوما من تاريخ إصدار الحكم، غير انه إذا كان طلب الإبطال مبنيا على أساس التأثير غير المشروع فإنه يجب تقديمه خلال أجل 120 يوما تحسب من تاريخ اكتشاف ذلك التأثير، على أن لا تتجاوز أجل ثلاثة سنوات من تاريخ صدور الحكم، وهنا يقوم رئيس المركز بتشكيل لجنة من ثلاثة أشخاص من قائمة المحكمين، ولضمان حيدة ونزاهة هذه اللجنة يشترط في تشكيلتها: أن لا يكون أحد أعضائها ممن كانوا أعضاء بالمحكمة التي أصدرت الحكم، أو من نفس جنسية أحد هؤلاء أو أن يكون منتميا لجنسية الدولة الطرف في النزاع أو الدولة التي أحد مواطنيها طرف في النزاع أو أن يكون قد عين في قائمة المحكمين بواسطة إحدى هاتين الدولتين أو أن يكون قد عمل للتوفيق بين الطرفين في نفس النزاع، ويكون من سلطة اللجنة أن تبطل الحكم أو أي جزء من أجزائه على أساس أي من الأسباب التي سبق إيرادها.[1]

وكمثال على بعض المنازعات التي نظرها أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، نورد قضية شركة Klochner الألمانية ضد الحكومة الكاميرونية وتتلخص وقائع القضية موضوع الدراسة في إبرام اتفاق استثمار تلتزم بموجبه هذه الشركة ببناء مصنع للأسمدة، على أن تلتزم الحكومة الكامرونية بدفع الثمن، وقد تم بالفعل بناء المصنع لكنه لم يحقق الغرض المنشود من بنائه إذ لم يكن قادرا على تحقيق أكثر من 30% من حجم الإنتاج المتوقع منه وفقا لاتفاق الاستثمار، وهو ما دفع بحكومة الكامرون إلى الامتناع عن الوفاء بباقي الثمن وهو ما دفع بالشركة الألمانية باللجوء للتحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، وعند نظر المنازعة أصدرت هيئة التحكيم حكما أكدت فيه بأن شركة Klochner قد خالفت الالتزامات الجوهرية الناشئة عن العقد ومن ثم فلا يحق لها المطالبة بباقي الثمن للمصنع، فحكومة الكامرون قد وثقت وبشكل مطلق في الشركة الألمانية بالنظر للضمانات الغير المحدودة التي ادعتها هذه الأخيرة ومن ثم تكون هذه الأخيرة قد أخلت بواجب المصارحة والمكاشفة حيث أن هذه الأخيرة أخفت بعض المعلومات عن حكومة الكامرون والتي لو علمت بها لما أقدمت على هذا المشروع، وانتهت هيئة التحكيم بأن التزام الشركة بتحقيق الربحية هو التزام بتحقيق نتيجة وليس التزاما ببذل عناية.

وهنا طعنت الشركة الألمانية أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، وشكلت لجنة Adhoc لنظر الطعن المقدم مكونة من الأستاذ Pierre Lalive رئيسا ومن عضوين هما الأستاذ Hoheveldern والأستاذ أحمد صادق القشيري وقد قضت الهيئة ببطلان حكم التحكيم واستندت إلى

---

[1]- أسرة التحرير، " نصوص وقوانين واتفاقيات التحكيم وطنيا وإقليميا ودوليا"، المرجع السابق، ص 193.

أن طرفي النزاع قد اتفقا في العقد المبرم بينهما على أن القانون الواجب التطبيق على العقد هو القانون الفرنسي، وينحصر دور محكمة التحكيم على تطبيق قواعد القانون الفرنسي على النزاع إلا أن محكمة التحكيم قد تجاوزت بوضوح حدود سلطتها وأخذت بمبادئ العدالة والإنصاف، أضف لذلك أنه كان يتعين على هيئة التحكيم أن توضح الأسباب التي بنت عليها حكمها طبقا لنص المادة 52 من اتفاقية واشنطن، وأوضحت اللجنة أن حكم محكمة التحكيم قد فشل في إعطاء الأسباب التي تفسر ما توصلت إليه هيئة التحكيم من نتائج هامة، فالشركة الألمانية قد تمسكت بأن الالتزام الواقع عليها هو التزام ببذل عناية وأنها قد بذلت العناية المطلوبة وفقا للمجرى العادي للأمور، في حين أن هيئة التحكيم أقرت أن التزام الشركة الألمانية هو التزام بتحقيق نتيجة دون أن توضح الأسباب التي دعتها لذلك.[1]

ويتوقف أثر بطلان حكم على سبب البطلان، فإذا كان بطلان الحكم بسبب البطلان المطلق أو النسبي لاتفاق التحكيم أو انقضت مدة صلاحيته فإنه يعتبر كأنه لم يكن، فإذا أراد الأطراف إعادة العملية التحكيمية مرة أخرى فعليهم إبرام اتفاق تحكيم جديد، في حين لو كان سبب البطلان راجعا لوجود عيب في إجراءات التحكيم مثل عدم احترام حقوق الدفاع أو تجاوز هيئة التحكيم لحدود مهمتها، أو كان يتعلق بحكم التحكيم فإن اتفاق التحكيم يظل موجودا ومتمتعا بالفاعلية ويجوز للأطراف إعادة التحكيم مرة أخرى دون حاجة لإبرام اتفاق جديد، وذلك أمام هيئة تحكيم جديدة.[2]

المطلب الثاني:
الفعالية الدولية لأحكام التحكيم الأجنبية

واكب نجاح أسلوب التحكيم واستخدامه لفض المنازعات ظهور نهضة تشريعية في العديد من دول العالم تعنى بتنظيم هذا الأخير، إضافة إلى إنشاء العديد من مراكز التحكيم المؤسسي الكائنة حاليا في العديد من الدول، ولما كان نظام التحكيم لا قيمة له إلا بإعطاء الفعالية للأحكام التي تصدر عن هيئات التحكيم، غير أن وجود نظام للرقابة القضائية الوطنية في كل دولة يمكن أن يحد من هذه الفعالية، بحيث يمكن أن يصبح الحكم قابلا للتنفيذ في دولة ما، دون أن يكون قابلا للتنفيذ في دولة أخرى، وهنا يتعين التفرقة بين رفض التنفيذ والقضاء ببطلان حكم التحكيم فمتى كان رفض التنفيذ لا يعوق فعالية حكم التحكيم إلا في الدولة التي صدر فيها قرار القاضي برفض التنفيذ،فإن الأمر

[1]- محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص ص 415،416.
[2]- طرح البحور علي حسن، المرجع السابق، ص 143.



على خلاف ذلك فبالنسبة للقضاء ببطلان حكم التحكيم من القضاء المختص وفقا للمعايير الدولية لإبطال أحكام التحكيم، لأن الأصل الحكم بالبطلان يفترض فيه أن يعدم أي أثر للحكم التحكيمي بحيث لا يكون هناك حكم تحكيمي، ومن ثم يتعين على أطراف النزاع الرجوع مجددا لهيئة التحكيم لتفصل في النزاع بحكم تحكيمي جديد يجتنب فيه الأخطاء التي شابت الحكم الأول.

ورغم أن هذا هو الأصل المستقر عليه، إلى أن هناك من جانب ذلك وهو ما أثار جدلا في الفقه يستوجب أن تعرض له بالدراسة وذلك على النحو التالي:

الفـــــــرع الأول:

المـعاييـر الـدولية لـفعـالـية أحكـام الـتـحكيم

على الرغم من تمتع أحكام التحكيم بخصائص الأحكام القضائية وحيازتها لحجية الشيء المقضي فيه،[1] إلا أنها ليست في منآى عن الخضوع لرقابة القضاء ، لأن رغبة أطراف التحكيم في أن يكون الحكم نهائيا تصاحبها أيضا رغبتهم في وجود رقابة قضائية على مدى قانونية سير إجراءات التحكيم حتى صدور الحكم وتنفيذه، وهي تلك الرقابة التي يمارسها القضاء الوطني فعليا في صور عديدة، وتظهر الصعوبة في هذا الصدد في حالة ما إذا قام رفع المحكوم ضده دعوى بطلان حكم التحكيم أمام قضاء دولة مختص تزامنا مع قيام المحكوم لصالحه بطلب إصدار أمر بتنفيذ ذات الحكم من قضاء دولة أخرى وهو الواقع القائم في الساحة الدولية.

ومن السائد في غالبية أنظمة التحكيم عقد اختصاص نظر دعوى الطعن بالبطلان في أحكام التحكيم لقضاء دولة المقر التي انعقدت فيها جلسات التحكيم على إقليمها أو لقضاء الدولة التي صدر حكم التحكيم وفقا لقانونها، في حين أنه لا يوجد تلازم بين اختصاص قضاء دولة المقر واختصاص القاضي المطلوب منه إصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم والذي في الغالب ما يكون قاضيا آخرا، وهنا نتساؤل عن مدى إمكانية ترتيب حكم البطلان الصادر من قضاء دولة مقر التحكيم أو الدولة التي تم تطبيق قانونها على النزاع، لآثار دولية في مواجهة الدول الأخرى التي قد يطلب من حكامها إصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الذي سبق القضاء ببطلانه، وذلك على نحو يتعين عليها معه أن ترفض هذه المحاكم إصدار الأمر بالتنفيذ؟

*** المعايير الدولية لفعالية أحكام التحكيم في الاتفاقيات الدولية**

---

[1]- المادة 1031 من القانون رقم 09/08.



بالرغم من الدور الذي يلعبه التحكيم في فض المنازعات غير أنه لا يخو من نقائص وعيوب هي محل لدراسة الفقهاء من أجل وضع حلول لها، بالإضافة كذلك لجهود كل من المنظمات الدولية ومراكز التحكيم المؤسسي،[1] ولعل أهم هذه المشكلات والتي حظيت بأكثرية الاهتمام في السنوات الأخيرة هي الفعالية الدولية لأحكام التحكيم، لأن الذي تسعى إليه كل أطراف المنازعة هو ذلك الحكم الذي يتوصل المحكم أو هيئة التحكيم في النهاية لإصداره والذي سيظل دون أي قيمة إذا لم يتم تنفيذه، وتثار هذه المشكلة في حالة ارتباط التنفيذ بأكثر من نظام قانوني واحد، ولتجاوز كل هذه العقبات والمتمثلة في اختلاف الأنظمة الوطنية التي تحول دون الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم، تم إبرام العديد من الاتفاقيات الدولية والتي كانت ثمرة للتعاون الدولي، ونتعرض لها على النحو التالي:

أولا: اتفاقية نيويورك لسنة 1958

تعد اتفاقية نيويورك لسنة 1958 من أهم الاتفاقيات الدولية التي عنيت بتنفيذ أحكام التحكيم الدولية سواء من ناحية عدد الدول التي انضمت إليها أو من ناحية نطاق تطبيق قواعدها والتي تستهدف تحقيق الطابع العالمي لها وإرساء مجموعة من الحلول التي تتفق والغاية من التحكيم وحاجة العالم المعاصر،[2] ولا تزال لهذه الأخيرة فوائد على الرغم من وجود اتفاقيات دولية أخرى إقليمية تعنى بنفس الموضوع.

وحددت هذه الأخيرة الأسباب التي يمكن أن يستند إليها في رفض الاعتراف بأحكام التحكيم، وقد تعرضت بشكل غير مباشر للطعن بالبطلان في أحكام التحكيم من ناحية الآثار المترتبة على بطلان الحكم التحكيمي أو وقفه الصادر في دولة مقر التحكيم،[3] في النظام القانوني للدولة الأخرى المطلوب منها الاعتراف والتنفيذ، وذلك في نص المادة الخامسة منها بنصها:" لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليه الاعتراف والتنفيذ الدليل على: ....

(ه) إن الحكم لم يصبح ملزما للخصوم أو ألغته أو أوقفته السلطة المختصة في البلد التي فيها أو بموجب قانونها صدر الحكم."[4]

---

[1]- صلاح الدين جمال الدين، محمود مصيلحي، المرجع السابق، ص 117.
[2]- نفس المرجع، ص ص 119،118.
[3]-حفيظة السيد الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 248.
[4]- أسرة التحرير، " نصوص وقوانين واتفاقيات التحكيم وطنيا وإقليميا ودوليا"، المرجع السابق، ص 171.
– مجموعة نورتون روز، التحكيم في الشرق الأوسط، مجموعة نورتون روز، هونج كونج، الطبعة الثالثة، 2008. ص ص 172،171.

يتبين من خلال أحكام الاتفاقية أنها تعترف للدولة مقر التحكيم أو الدولة التي تم تطبيق قانونها على النزاع بأهمية كبيرة في حصر انعقاد الاختصاص بنظر دعاوى البطلان ضد أحكام التحكيم على محاكم كل منهما، ووفقا لهذه الاتفاقية فانه يتعين على جميع الأنظمة القانونية الأخرى أن ترفض الاعتراف بأي أثر لحكم التحكيم الذي تم إبطاله وفقا لقضاء الدولتين السالفتي الذكر،[1] واعتمدت الاتفاقية كوسيلة للتنسيق الدولي في الرقابة على أحكام التحكيم وتجنب أن يكون الحكم التحكيمي نافذا في بلد وباطلا في بلد آخر، على إعطاء فعالية دولية لأحكام بطلان الأحكام التحكيمية[2] فمتى أبطلت محاكم دولة المقر حكم التحكيم فقد فعاليته في بلد التنفيذ.

يتبين أن اتفاقية نيويورك لم تضع نصا خاصا بأسباب البطلان إلا أن نص المادة 1/5 من هذه الاتفاقية يتطابق بدرجة كبيرة مع أسباب البطلان الواردة في الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961، وبالرجوع لأحكام المادة الخامسة نجد بأن أسباب رفض التنفيذ تنقسم لقسمين: أسباب تكون بناء على طلب أحد أطراف النزاع، وأخرى تتقدم بها السلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف و تنفيذ أحكام المحكمين من تلقاء نفسها.

أ) أسباب رفض التنفيذ بناء على طلب أحد أطراف النزاع

وقد عددتها المادة الخامسة في الفقرة الأولى وهي على النحو التالي:

- أن أطراف الاتفاق كانوا طبقا للقانون الذي ينطبق عليهم عديمي الأهلية أو أن الاتفاق المذكور غير صحيح وفقا للقانون الذي أخضعه له الأطراف أو عند عدم النص على ذلك طبقا لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم.
- أن الخصم المطلوب تنفيذ الحكم عليه لم يعلن إعلانا صحيحا بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو كان من المستحيل عليه لسبب أخر أن يقدم دفاعه.
- أن الحكم فصل في نزاع غير وارد في مشارطة التحكيم أو في عقد التحكيم، أو تجاوز حدودهما، فيما قضى به، ومع ذلك يجوز الاعتراف وتنفيذ جزء من الحكم الخاضع أصلا للتسوية بطريق التحكيم إذا أمكن فصله عن باقي أجزاء الحكم غير المتفق على حلها بهذا الطريق.
- أن تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالف لما اتفق عليه الأطراف أو لقانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق.

---

[1]- طرح البحور علي حسن، المرجع السابق، ص 200.
[2]- صلاح الدين جمال الدين، محمود مصيلحي، المرجع السابق، ص 121.



- إن الحكم لم يصبح ملزما للخصوم أو ألغته أو أوقفته السلطة المختصة في البلد التي فيها أو بموجب قانونها صدر الحكم.

ب) أسباب رفض التنفيذ من قبل السلطة المختصة من تلقاء نفسها

حددت المادة الخامسة في أحكام الفقرة الثانية منها سببين يمكن أن تستند لهما السلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكين وهما:

- أن قانون ذلك البلد لا يجيز تسوية النزاع عن طريق التحكيم.
- أن في الاعتراف بحكم المحكمين أو تنفيذه ما يخالف النظام العام في هذا البلد.[1]

وتجدر الإشارة أن اتفاقية نيويورك لا تخل بصحة الاتفاقات الجماعية أو الثنائية التي أبرمتها الدول المتعاقدة بشأن الاعتراف بأحكام المحكمين وتنفيذها، ولا تحرم أي طرف مستفيد من حكم من حقه في التنفيذ أو بالقدر المقرر في تشريع أو اتفاقات البلد المطلوب إليه الاعتراف أو التنفيذ،[2] ومن ثم:

- فإن اتفاقية نيويورك تجيز تنفيذ الأحكام التحكيمية على أسس أخرى غير الأسس الواردة فيها، لاسيما القانون الداخلي للبلد المطلوب منه التنفيذ إذا كان أكثر فائدة لحقوق الطرف طالب التنفيذ، وكذلك الاتفاقيات الثنائية أو الجماعية.
- الطرف الوحيد الذي يمكنه الاستناد إلى أحكام أكثر فائدة له في تشريع داخلي أو اتفاقيات دولية هو الفريق طالب التنفيذ.
- ليس بالإمكان إسناد التنفيذ إلى معادلة تجمع بين أحكام اتفاقية نيويورك وتشريع أو اتفاقية لتنفيذ الأحكام التحكيمية، باستثناء اتفاقية جنيف لسنة 1961.[3]

ثانيا: الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961

بالرجوع لأحكام هذه الاتفاقية نجد بأنها تضع أربعة أسباب كضوابط للبطلان مقيدة للدول الأطراف فيها والمرتبطين في نفس الوقت باتفاقية نيويورك ، واعتبرت هذه الأسباب ذات أولوية في التطبيق بين الدول الأطراف في الاتفاقية، ونصت المادة التاسعة منها على:" أن إلغاء حكم

---

[1]- أسرة التحرير، " نصوص وقوانين واتفاقيات التحكيم وطنيا وإقليميا ودوليا"، المرجع السابق، ص 171.
- عبد الحميد الأحدب، المرجع السابق، ص ص 513،514.
- مجموعة نورتون روز، المرجع السابق، ص ص 171،172.
- فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص ص 372،381.

[2]- المادة 7 من اتفاقية نيويورك.

[3]- عبد الحميد الأحدب، المرجع السابق، ص 515.

تحكيمي خاضع لهذه الاتفاقية في بلد ما متعاقد لا يشكل سببا لرفض الاعتراف أو لرفض التنفيذ في بلد آخر متعاقد إلا إذا كان هذا الإلغاء قد تم في البلد الذي صدر فيه الحكم التحكيمي أو وفقا للقانون الذي صدر الحكم التحكيمي في نطاقه لأحد الأسباب التالية:

- إذا كان فرقاء الاتفاقية التحكيمية وفقا لأحكام القانون المطبق عليهم عديمي الأهلية، أو إذا كانت الاتفاقية المذكورة غير صحيحة بموجب القانون الذي أخضعها الفرقاء إليه، أو في حال إغفال الإشارة إلى ذلك بموجب قانون البلد الذي صدر فيه.
- إذا كان الفريق الذي طلب الإبطال لم يجر تبليغه بتعيين المحكم أو بالأصول الإجرائية التحكيمية أو إذا كان قد تعرض عليه لأي سبب آخر أن يبدي أدلته.
- إذا كان الحكم التحكيمي متعلقا بنزاع لم يشر إليه في الاتفاق التحكيمي أو لم يجر إدخاله في أحكام الشرط التحكيمي أو أنه يشتمل على قرارات تتجاوز أحكام الاتفاق التحكيمي أو الشرط التحكيمي، وعلى كل إذا كانت أحكام الحكم التحكيمي المتعلقة بالقضايا الخاضعة للتحكيم يمكن فصلها عن القضايا غير الخاضعة له فإن بالإمكان الإحجام عن إلغاء الأحكام الأولى.
- إذا كان تشكيل المحكمة التحكيمية أو الأصول الإجرائية للتحكيم لم تكن متطابقة مع اتفاق التحكيم أو في حال عدم حصول اتفاق على أحكام المادة 4 من هذه الاتفاقية.

في العلاقات بين الدول المتعاقدة في هذه الاتفاقية والتي تعد في نفس الوقت أطرافا في اتفاقية نيويورك لسنة 1958، فإن الأحكام الواردة في الفقرة السابقة لها أثر مقيد لأسباب البطلان التي تنص عليها

المادة 1/5 هـــ من اتفاقية نيويورك." [1]

ويلاحظ على هذه الاتفاقية أنها:

- أنها تؤكد على الفعالية الدولية لأحكام بطلان الأحكام التحكيمية شريطة أن تستند إلى أحد الأسباب الأربعة التي نصت عليها المادة 1/9 من هذه الأخيرة.
- كما أن الاتفاقية خطت خطوة في سبيل إعاقة الأثر الدولي لحكم بطلان حكم التحكيم حتى مع صدوره وفقا للضوابط التي وضعتها اتفاقية نيويورك لسنة 1958.

[1]- أسرة التحرير، " نصوص وقوانين واتفاقيات التحكيم وطنيا وإقليميا ودوليا"، المرجع السابق، ص 179.

- وتختلف اتفاقية جنيف في هدفها عن اتفاقية نيويورك لسنة 1958 حيث أن الأولى تسعى لتوحيد قواعد قانون التحكيم التجاري الدولي فيما بين الدول الأطراف وهو ما يختلف عن الهدف من اتفاقية نيويورك التي تضع شروط للاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية.
- كما أن اتفاقية جنيف تؤكد على الفعالية الدولية لأحكام التحكيم وأن الأصل فيها هو الاعتراف والنفاذ والاستثناء هو عدم الاعتراف والنفاذ شريطة المطابقة للأسباب الأربعة التي ورد النص عليها بالمادة السالفة الذكر، ومن ثم يمكننا القول بأن اتفاقية جنيف تعد أكثر تحررية من غيرها من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم خاصة فيما يتعلق بمسألة الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم التي تم إبطالها من قبل قضاء دولة مقر التحكيم أو قضاء الدولة التي طبق قانونها على التحكيم.[1]

ثالثا: اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى لسنة 1965

ونصت هذه الأخيرة على الفعالية الدولية لأحكام التحكيم حيث نصت المادة 54 منها على ضرورة اعتراف كل دولة بأحكام التحكيم وإلزامية تنفيذها كما لو كانت أحكاما وطنية نهائية صادرة من محاكمها الداخلية، واستثناء من ذلك فقد نصت المادة 52 من الاتفاقية على الأسباب التي تعطي الحق لكل طرف من الأطراف أن يطلب كتابة من الأمين العام لمركز التحكيم إبطال الحكم التحكيمي أو وقف تنفيذه وفقا لأحد الأسباب التالية:

- عيب في تشكيل هيئة التحكيم.
- تجاوز هيئة التحكيم لسلطاتها بشكل ظاهر.
- أن تأثيرا غير مشروع قد وقع على أحد أعضاء المحكمة. – أنه قد وقع تجاوز خطير لقاعدة أساسية من قواعد الإجراءات .
- أن الحكم قد أخفق في بيان الأسباب التي بني عليها.

وإذا أبطل الحكم يعرض النزاع بناء على طلب أي من الطرفين على محكمة جديدة، ويلاحظ أن الحكم الصادر عن هيئة تحكيم المركز لا يخضع لأي طريق من طرق الطعن الداخلية في الدول الأطراف في اتفاقية واشنطن لسنة 1965 ومن ثم لا يمكن إبطاله إلا وفق الطريق الذي رسمته الاتفاقية ذاتها بناء على سبب من الأسباب السالفة البيان.[2]

---

[1]- نفس المرجع، ص ص 131،130.
[2]- صلاح الدين جمال الدين، محمود مصيلحي، المرجع السابق، ص 133.



الـــــــفـــرع الـــــــثـــانـــــي:

الــفعالية الــــدولية للــقضاء بــبطلان أحــكام الــتحكيم

بالنظر للاختلاف الموجود بين القضاء المختص بنظر دعوى البطلان الموجهة ضد حكم التحكيم عن القضاء المختص بنظر إصدار الأمر بالتنفيذ للحكم التحكيمي، مما يؤدي لخلق نوع من ازدواجية الرقابة على حكم التحكيم مما يثير مشكلة مدى إمكانية تنفيذ أحكام التحكيم الباطلة الصادرة عن قضاء دولة غير تلك الدولة المطلوب فيها إصدار أمر بتنفيذ حكم التحكيم.

وهنا يثار تساؤل في حالة ما إذا تم القضاء ببطلان حكم التحكيم من قبل قضاء دولة مقر التحكيم فهل يمكن الاعتراف بهذا الحكم وتنفيذه في دولة مقر التنفيذ؟ في محاولة الفقه الإجابة عن هذا التساؤل ثار جدل فقهي وكذا قضائي كبير، وذهب البعض منهم للقول بأن الحكم الذي قضي ببطلانه في دولة معينة لا يمنع من أن يصدر القضاء الوطني لدولة أخرى الأمر بتنفيذه، في حين ذهب اتجاه آخر إلى عدم جوازية تنفيذ أحكام التحكيم التي قضي ببطلانها.

أولا: الاتجاه الرافض للفعالية الدولية لأحكام البطلان

نادى جانب من الفقه الأوروبي والأمريكي مدعوما ببعض أحكام القضاء الداخلي للقول بإمكانية تنفيذ أحكام التحكيم في الدول المطلوب من قضائها إصدار الأمر بالتنفيذ وذلك على الرغم من أنه قد سبق القضاء ببطلانه، وقد نتج عن هذا الاتجاه حالة عدم انسجام على الساحة الدولية مرجعه وجود حكم تحكيمي واحد صدر أمر تنفيذه على إقليم دولة معينة متزامنا مع صدور حكم قضائي ببطلان الحكم التحكيمي من قضاء دولة أخرى، وذلك إعمالا لمبدأ الازدواجية في الرقابة الذي تقرره الاتفاقيات الدولية وكذا القوانين الوطنية المنظمة لأحكام التحكيم، وسنتعرض لأسانيد الفقه المؤيد لهذا الاتجاه، وكذا موقف القضاء من ذلك وذلك على النحو التالي:

1. تجسيد القضاء الفرنسي لرفض الاعتداد بأحكام البطلان:

يميل القضاء الفرنسي لرفض الاعتراف بفعالية الحكم الأجنبي الصادر برفض البطلان، وهو ما يمكن الوصول إليه من خلال حكم هام لمحكمة استئناف باريس، وترجع وقائع القضية موضوع النزاع لـــ 25 فبراير 1988 حين اتفق الزوجين Gesouin على بيع أسهمهما في مجموعة شركات SA Gesouin لشركة الإيطالية SBA International BV ونص فيه على أن المنازعات الناشئة عنه يفصل بواسطة التحكيم يتم في سويسرا ويكون القانون السويسري هو الواجب التطبيق، وقد نشأ

خلاف و العجز في الوصول لتسوية ودية لجأ الزوجين لتحريك إجراءات التحكيم في 27 ديسمبر 1990 وصدر حكم المحكمة التحكيمية قاضيا بإلزام الجانب الإيطالي بدفع مبالغ متعددة، وقدم طعن بالبطلان من قبل الشركات الإيطالية والذي قوبل بالرفض من قبل المحكمة الفدرالية السويسرية في 1 يوليو 1991، وفي هذه الأثناء كانت محكمة باريس في 19 فيفري 1992 قد أصدرت أمرها بتنفيذ حكم التحكيم، وهنا قامت الشركات الإيطالية باستئنافه استنادا لكون المحكم لم يحترم حدود مهمته ولم يحترم مبدأ الوجاهية ومخالفته النظام العام الفرنسي، وهنا تمسك الزوجين بعدم إمكانية إعادة النظر مرة أخرى في صحة التحكيم بسبب تصدي المحكمة الفدرالية السويسرية لذلك باعتبار انها القاضي الطبيعي المختص بالفصل في صحة الحكم التحكيمي وهنا صدر الحكم التالي:" بتطبيق شروط هذه الاتفاقية (اتفاقية نيويورك) فإن الحكم الصادر في سويسرا وفقا للقانون الدولي الخاص السويسري برفض الطعن بالبطلان على حكم التحكيم المقام من جانب الشركة الإيطالية، لا يترتب عليه منع ولا تقييد رقابة القاضي الفرنسي على الفعالية الدولية لحكم التحكيم وهو بصدد السماح بإدخاله في النظام القانوني الفرنسي، وتجري هذه الرقابة إما وفقا لمعاهدة نيويورك أو القانون الفرنسي باعتباره الأصل العام، وتبعا لذلك يكون استئناف الأمر الصادر بالتنفيذ من جانب الشركة الإيطالية حريا بالقبول وفقا للمادة 7 من معاهدة نيويورك، إذا كانت شروط الاعتراف او تنفيذ أحكام التحكيم في القانون الفرنسي بحسبه القواعد العامة أقل صرامة من تلك التي تضمنها الاتفاقية فإن القواعد العامة الفرنسية يجب تطبيقها بوصفها القانون الأفضل.[1]

وإلى جانب هذا الحكم توجد العديد من الأحكام الصادرة عن القضاء الفرنسي الرافضة للفعالية الدولية لأحكام البطلان، منها قضية Norsolor وقضية L`affaire polish ocean Line وكذا قضية Hilmartion.[2]

2. الأسانيد الفقهية للاتجاه المعارض لتنفيذ الأحكام التحكيمية الباطلة:

لقد استند أنصار هذا الاتجاه لجملة من الأسانيد لتبرير موقفهم هي:

- استند أنصار هذا الاتجاه إلى معاهدة نيويورك لسنة 1958 والتي نصت المادة الخامسة منها على أن الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه لا يجوز رفضه إلا إذا كان حكم التحكيم قد أبطل في قانون دولة المقر فالنص الفرنسي يضع على عاتق الدولة الالتزام برفض تنفيذ مثل هذه النوعية من الأحكام ويعوض الخلل الوارد في النص الإنجليزي للمعاهدة والذي يجعل الأمر اختياريا، وأضاف

[1]- طرح البحور علي حسن، المرجع السابق، ص ص 203،204.
[2]- للإطلاع على هذه الأحكام راجع: صلاح الدين جمال الدين، محمود مصيلحي، المرجع السابق، ص ص 165،175.

أنصار هذا الاتجاه أن المادة 5/هــ من ذات الاتفاقية قامت بالتوزيع الضمني للاختصاص بين الأنظمة القانونية فيما يتعلق بقضاء الدولة التي يتعين عليها الفصل في المنازعات الخاصة ببطلان حكم التحكيم، وقضاء الدولة المختصة بإصدار الأمر بالتنفيذ مع إلزام هذه الأخيرة بالانصياع للأحكام الصادرة في الدولة الأولى.

- قال أنصار هذا الاتجاه بأن تنفيذ أحكام التحكيم الباطلة من شأنه تثبيط همة الدول وعدم تشجيعها للجوء إلى التحكيم الدولي من جديد، لاسيما بالنظر للجهود الحثيثة التي بذلت من أجل إجازة اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي بعد المعارضة الشديدة لذلك.
- ويرى أنصار الاتجاه المعارض أن مسلك القضاء الفرنسي من شأنه أن يشجع أحكام التي لا يمكن الطعن فيها في أي مكان على الرغم من احتوائها على بعض العيوب مما يجبر الطرف المحكوم ضده أن ينتزع شروع خصمه في إجراءات البدء في التنفيذ في أي دولة حتى يمكنه أن يرد على ذلك بمعارضة في التنفيذ.[1]
- أن هذا الحل من شأنه أن يضمن للنظم القانونية الوطنية للتحكيم الدولي نوعا من الاتساق في معاملة أحكام التحكيم الصادرة في الخارج، حيث انه سيعطي للقاضي الوطني الذي يصدر الأمر بالتنفيذ ذات السلطة الرقابية في مواجهة الحكم الصادر من دولة مقر التحكيم سواء كان هذا الحكم قاضيا بإبطال حكم التحكيم أو تأييده، كما أنه سيؤدي لتحقيق اتساق داخلي وذلك بتحقيق ذات المعاملة لأحكام التحكيم الصادرة في الخارج وتلك الصادرة على الإقليم الفرنسي.
- حكم التحكيم لا يندرج في النظام القانوني لدولة مقر التحكيم كما أن هذا الأخير ليس له جنسية، ومن ثم يحق لأي دولة أن تقرر منحه القوة التنفيذية من عدم ذلك، فعدم تركيز الحكم التحكيم يصاحبه إعادة تركيز تنفيذه في الدولة المطلوب التنفيذ فيها.

وذهب بعض الفقه الفرنسي في تبرير موقفه إلى أن النظام الفرنسي للاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم التي تصدر في دولة أجنبية يعد نظاما "أحادي الجانب" فإدخال الحكم التحكيمي في النظام القانوني الفرنسي يتحدد وفقا لقواعد القانون الفرنسي وحده، وهي قواعد ذات طبيعة إقليمية بحتة من حيث التطبيق، ومن خصائصها أنها لا تعنى بما إذا كان حكم التحكيم ذو قيمة أم لا من وجهة أي نظام قانوني أجنبي آخر؟ حتى ولو كان هذا القانون هو قانون الدولة التي صدر على إقليمها أو بالتطبيق لقانونها حكم التحكيم، فمسألة اندماج حكم التحكيم في إطار أي نظام قانوني آخر (غير الفرنسي) لا يعتد به في هذا الشأن.

---

[1]- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص ص 448،446.

▪ وأضاف الفقه الفرنسي المؤيد لهذا الاتجاه حجة أخرى غير مستمدة من النظام القانوني الفرنسي وإنما من أنظمة قانونية أخرى، وقال بأن هذه القاعدة معروفة في النظام القانوني للولايات المتحدة الأمريكية، في احد الأحكام الصادرة عنها وعلى الرغم من أن حكم التحكيم تم إبطاله من قبل المحكمة المختصة (محكمة استئناف القاهرة) إلا أن محكمة مقاطعة كولومبيا أصدرت في 31 يوليو 1996 أمرا بتنفيذ حكم التحكيم الذي تم إبطاله في مصر، استنادا لنص المادة 7 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958.[1]

وقد حدد نطاق إعمال هذه القاعدة التي وضعتها محكمة النقض الفرنسية بأحكام التحكيم ذات الطابع الدولي دون أحكام التحكيم الوطنية، ويعمل تطبيق هذه الأخيرة بغض النظر عن السبب الذي بني عليه البطلان.[2]

ويترتب على إنكار الفعالية الدولية لأحكام التحكيم الباطلة، أن هذه الأخيرة تكون قابلة للاعتراف والتنفيذ في دولة أخرى، وهناك نتيجة أخرى تترتب على هذا الإنكار على نحو غير مباشر وهي أن الدولة التي اعترفت بالحكم التحكيمي الباطل يمتنع عليها الاعتراف بالحكم التحكيمي الجديد الذي قد يصدر في موضوع الحكم السابق بطلانه، وقد أكدت هذه النتيجة محكمة النقض الفرنسية، وهناك نتيجة ثالثة اختلف الفقهاء حولها وهي أحقية دولة التنفيذ بالانفراد بالاختصاص القضائي بحكم التحكيم ، وقد سبق وأن تناولنا النتيجة الأولى سنقوم ببيان النتيجتين الأخريين على النحو التالي:

أ. عدم قابلية حكم التحكيم الثاني للاعتراف والتنفيذ في الدولة التي قامت بالاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الباطل

بمجرد ترتيب البطلان للحكم التحكيمي قد يقرر الأطراف إعادة التحكيم مرة أخرى ويحرصون على تلافي سبب بطلان حكم التحكيم الأول، وفي حالة ما إذا كان الحكم التحكيمي قد انتهى لنتيجة عكس تلك التي وصل إليها في الحكم التحكيمي الأول وكان المحكوم له في هذا الحكم الأخير قد

---

[1]- صلاح الدين جمال الدين، محمود مصيلحي، المرجع السابق، ص ص 184،181.
- طرح البحور علي حسن، المرجع السابق، ص ص 229،215.
[2]- نفس المرجع، ص ص 186،184.



تمكن من تنفيذه بالفعل في دولة معينة, فهل يمكن استصدار أمر بتنفيذ الحكم الثاني من قضاء ذات الدولة؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية أكدت محكمة النقض الفرنسية على عدم قابلية الحكم الثاني للتنفيذ في فرنسا وذلك عند إلغائها الحكم الصادر من محكمة استئناف فرساي المؤيد للأمر الصادر بالاعتراف وتنفيذ حكم تحكيم صادر في سويسرا في قضية Hilmarton والتي سبق وأن صدر فيها حكم التحكيم التي قضت محكمة جنيف بطلانه في 1989/8/19 وتم تنفيذه في فرنسا، وقد استندت المحكمة في رفضها لوجود حكم قضائي فرنسي بات صادر في منازعة بين ذات الخصوم ويتعلق بذات الموضوع يحول دون الاعتراف في فرنسا بأي حكم قضائي أو تحكيم آخر صادر في الخارج ومتعارض معه.

ب. انفراد دولة التنفيذ بالاختصاص القضائي بحكم التحكيم

وقد أثارت هذه النتيجة جدلا على عكس النتيجة السابقة، وقد أثير تساؤل حول جدوى اختصاص قضاء دولة مقر التحكيم بتقدير البطلان، فما الذي يدعوها للقضاء ببطلان حكم التحكيم طالما أنه لن ينفذ فيها، على الرغم من علمها بأن حكمها الصادر بالبطلان يخلو من أي أثر في الخارج؟ وإجابة عن هذا التساؤل سلم غالبية الفقهاء بجدوى اختصاص دولة المقر، وبرفض التسليم بحق دولة التنفيذ في الإنفراد بمهمة الرقابة على حكم التحكيم.

وفيما يتعلق بجدوى اختصاص دولة المقر في تقدير البطلان هناك استقرار على توزيع الاختصاص الدولي بالرقابة القضائية على حكم التحكيم بين قضاء دولة المقر وقضاء الدولة المطلوب منها الاعتراف والتنفيذ، وتتمثل أهمية هذا التوزيع في مكافحة وجود أحكام تشوبها أخطاء قانونية قد تكون جسيمة وعلى الرغم من ذلك لا يمكن الطعن فيها بالبطلان في أي دولة، وفي هذه الحالة لن يكون للمحكوم ضده من سبيل غير المعارضة في تنفيذ هذا الحكم المعيب عندما يشرع الخصم فيه.[1]

وانطلاقا من جدوى توزيع الاختصاص الدولي للرقابة على أحكام التحكيم الدولية فإن الحجج التي قيلت بشأن أحقية دولة التنفيذ بالاستئثار بمهمة الرقابة القضائية على حكم التحكيم تتلاشى، وأنصار هذا الاتجاه الرافض لاستئثار دولة التنفيذ بالاختصاص بأحكام التحكيم، فقابلية الأحكام التحكيمية المقضي ببطلانها للتنفيذ في دولة أخرى لا تسوغ استخلاص مبدأ يقضي بإلغاء دور

[1]- صلاح الدين جمال الدين، محمود مصيلحي، المرجع السابق، ص ص 194،195.

قضاء الدولة المختصة بدعوى البطلان وانفراد دولة التنفيذ بمهمة الرقابة القضائية على حكم التحكيم.[1]

ثانيا: الاتجاه المؤيد للفعالية الدولية لأحكام البطلان

بعد صدور أحكام محكمة النقض الفرنسية والتي بموجبها تبنت موقفا مفاده أن صدور أحكام بالبطلان من قضاء دولة مقر التحكيم أو الدولة التي تم تطبيق قانونها على النزاع لا يعد بالمبرر الكافي لرفض تنفيذ أحكام التحكيم في فرنسا، ظهر اتجاه ثان مناقض أكد على الفعالية الدولية لأحكام بطلان أحكام التحكيم، واستند لجملة من الأسانيد منها ما يستند للاتفاقيات الدولية، ومنها ما استند لاعتبارات الملاءمة ومنها ما استند لمبررات شرعية نوردها على النحو التالي:

1. المبررات المستندة للاتفاقيات الدولية

يرى الاتجاه الفقهي المناهض للاتجاه السابق أنه وبالرجوع لاتفاقية نيويورك لسنة 1958 يتضح أن واضعيها حددوا صراحة لاسيما في أحكام المادة الخامسة منها الشروط اللازمة لتنفيذ أحكام التحكيم، كما حددت التوزيع الضمني للاختصاص بين الأنظمة القانونية بشأن نظر الطعن في أحكام التحكيم، فمما لا شك فيه أن تركيز جميع دعاوى الطعن في أحكام التحكيم في دولة المقر يحقق حدا أدنى من التنسيق على المستوى الدولي، وهو ما يؤدي بطبيعة الحال إلى اعتبار الحل الذي تسير عليه محكمة النقض الفرنسية متعارضا مع كل من نصوص معاهدة نيويورك والغايات التي تطلع إليها واضعوها.

كما أن المادة التاسعة من اتفاقية جنيف لسنة 1961 حددت أسبابا يتعين توافرها على سبيل الحصر ليكون البطلان مقبولا، بما يفيد أن أطراف هذه الاتفاقية يرغبون في الحد من الفعالية الدولية للأسباب الأخرى للبطلان الغير الواردة في هذه الأخيرة، لاسيما تلك الواردة في المادة 1/5،2 من اتفاقية نيويورك، مما يعني أن اتفاقية جنيف تقر بالفعالية الدولية لأحكام البطلان حال استنفاذ هذه الأخيرة لأحد الأسباب الأربعة التي أقرتها والتي تقترب لحد كبير من ذات الأسباب الأربعة التي ذكرتها المادة 1/5 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958.

2. المبررات المستندة لاعتبارات الملاءمة

---

[1]- طرح البحور علي حسن، المرجع السابق، ص ص 237،231.

وانطلاقا من المبررات المستندة لاعتبارات الملاءمة قدم هذا الاتجاه ثلاثة حجج وهي:

أ. تشجيع الدول حديثة العهد بالتحكيم

يرى أنصار هذا الاتجاه أن موقف القضاء الفرنسي ينم عن عدم الثقة في الأحكام الصادرة من محاكم العديد من الدول، مما سيؤدي لتقويض الجهود التي تبذل لدعم الثقة في التحكيم الدولي، خاصة عندما لا يتم الاعتراف وتنفيذ بهذه الأحكام، لاسيما بالنسبة للدول التي تخلت حديثا عن موقفها السلبي من التحكيم وبدأت تتوجه إلى إعماله في قوانينها الداخلية، لأن هذا سيؤدي إلى إضعاف قابليتهم للجوء إلى التحكيم.

ب. مقاومة الأحكام العرجاء

وفق هذا الاتجاه فإن اتجاه القضاء الفرنسي يؤدي لخلق نوع من الأحكام العرجاء، التي لا يمكن الطعن فيها بالبطلان في أي مكان من العالم على الرغم مما يعتريها من عيوب، وهو ما سيضطر المحكوم ضده لانتظار قيام خصمه في البدء بإجراءات التنفيذ في عدة دول للحكم التحكيمي للمعارضة في التنفيذ في كل الدول المطلوب من قضائها إعطاء الأمر بالتنفيذ، ومن ثم فإن اتجاه القضاء الفرنسي وفق هذا الاتجاه يؤدي لإخضاع الاختصاص القضائي لإرادة وهوى الأفراد، وهو ما سيخلق ما يسمى بتسويق الاختصاص من جانب الطرف الذي يسعى لتنفيذ الحكم لدى القاضي الذي يقبل تنفيذه، على الرغم من أنه قد سبق القضاء ببطلانه في دولة مقر التحكيم.

ج. المساس بفكرة الحياد

ويرى هذا الاتجاه أن الحل الذي تبناه القضاء الفرنسي يميل لمحاباة الأطراف الصادر الحكم لصالحها الحكم التحكيمي والقائمة في الغالب في الدول المراد تنفيذ أحكام التحكيم على أرضها، وذلك لمضرة الأطراف الأخرى الأجنبية، مما يجعل هذا الحل معيبا بسبب مخالفته لفكرة الحياد والتي تعد أحد ركائز القانون الدولي الخاص التقليدي.[1]

3. المبررات المستندة لحجج المشروعية

*** المساس بالإرادة المفترضة للأطراف**

---

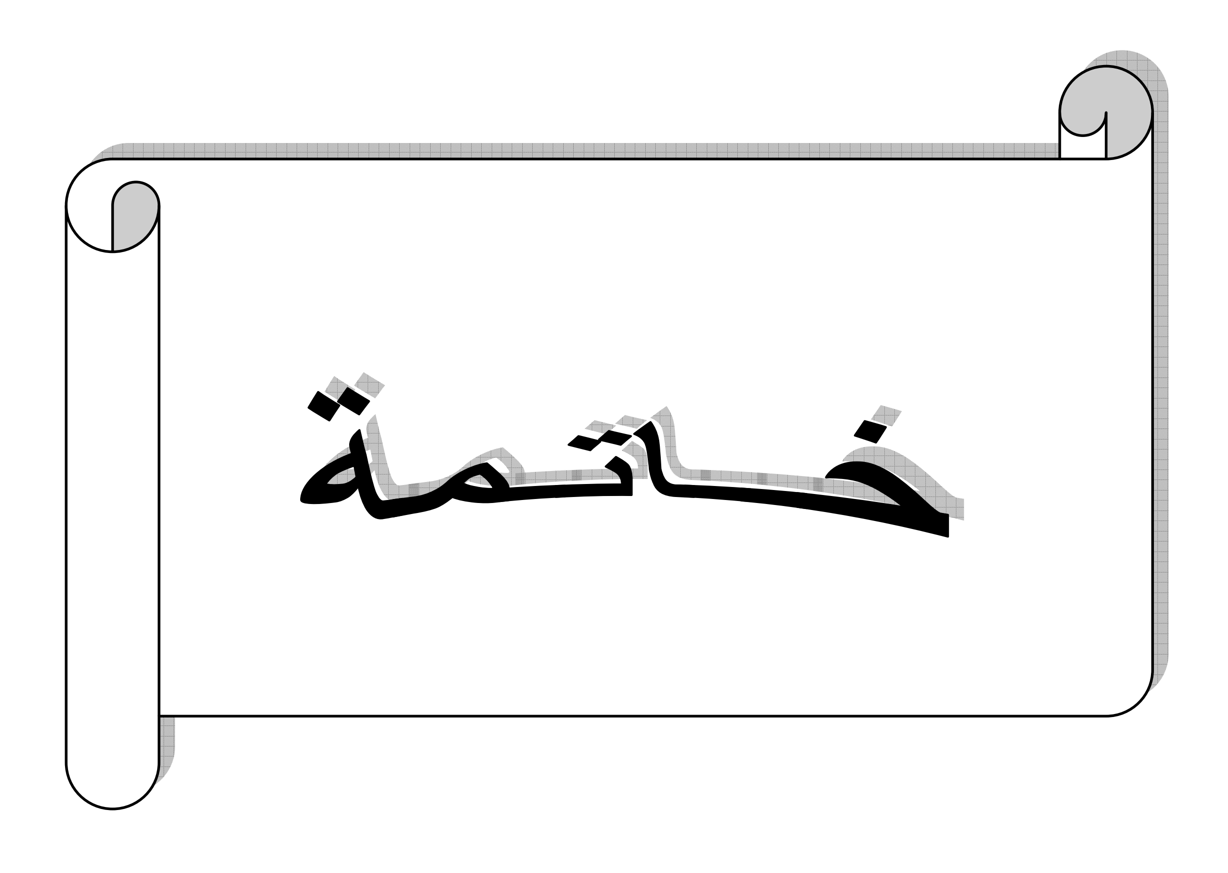
[1]- صلاح الدين جمال الدين، محمود مصيلحي، المرجع السابق، ص ص 196،190.

يرى أنصار هذا الاتجاه أن ما ذهب إليه القضاء الفرنسي يؤدي لعدم احترام إرادة الأطراف المتنازعة، على الرغم مما تلعبه هذه الأخيرة من دور أساسي تقره كافة الأنظمة القانونية سواء على صعيد تشريعات الدول أو عبر نصوص الاتفاقيات الدولية كما سبق وأن بيناه، واحترام هذه الإرادة يتطلب الاعتراف بالأحكام الصادرة من محاكم دولة مقر التحكيم في حالة قضائها ببطلان حكم التحكيم، لأن اختيارهم لمقر التحكيم ينم عن رغبتهم في الخضوع لحماية الأجهزة القضائية له، وعدم أخذ الأحكام الصادرة عن قضائه بعين الاعتبار يشكل نوعا من عدم الاحترام لإرادتهم.[1]

مما سبق نتوصل إلى نتيجة هامة مفادها أن عدم الاعتداد بحكم البطلان فيه إهدار لحجية الحكم القضائي بالنظر لإرادة الأطراف التي اختارت الخضوع لقانون معين وقضاء مقر التحكيم، فمن غير المقبول الاعتراف وتنفيذ أحكام تحكيمية مشوبة بعيب لذا كان لابد من السماح بتقرير الطعن فيها أمام قضاء مختص محدد ومعروف سلفا وفقا لمعايير الاختصاص الدولية مع ضرورة إعطائه الفعالية الدولية، ومما لا شك فيه أن ما تشتمل عليه القوانين الوطنية المنظمة لأحكام التحكيم تشكل مبادئ عامة للبطلان كما ان الاتفاقيات الدولية خاصة اتفاقية نيويورك وجنيف تشتمل على معايير للبطلان معترف بها دوليا كان لها الأثر البالغ عند صدور القوانين الوطنية وهو ما يعكسه اشتمالها على نفس المعايير تقريبا كأسباب للبطلان، وهنا يظهر جليا بأن خضوع أحكام التحكيم لرقابة دولة المقر أمر ضروري للتثبت من قيام المحكم بالمهمة الموكولة إليه من قبل الأطراف المتنازعة وفقا للشروط المتطلبة واحترام كافة الإجراءات لغاية صدور الحكم، لاسيما استيفاء كافة الشروط التي يتضمنها قانون الدولة المطلوب تنفيذه فيها.

---

[1]- صلاح الدين جمال الدين، محمود مصيلحي، المرجع السابق، ص ص 197،196.


خـــاتـــمة

تعرضنا في هذا البحث لدراسة موضوع التحكيم كطريق بديل لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي والذي اشتمل على فصل تمهيدي وفصلين آخرين، تناولنا في الفصل التمهيدي الإطار المفاهيمي للتحكيم، ثم عرضنا في الفصل الأول النظام القانوني لاتفاق التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي مبرزين الكيفية التي يتم من خلالها مفهوم العقد الإداري ذو الطابع الدولي، والاتجاهات المختلفة في إمكانية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، وتناولنا في الفصل الثاني الدعوى التحكيمية في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي مبرزين كل من القانون الواجب التطبيق على هذه العقود، وكذلك حكم التحكيم وفعاليته الدولية، وبناء على هذا البحث سجلنا النتائج والاقتراحات التالية التي من شأنها أن تجعل من التحكيم أكثر فعالية وعدالة في تسوية المنازعات التي تنشأ بين الأطراف المتعاقدة التالية:

أولا: النتائج

1. ليس هنالك أي موانع ولا عقبات قانونية أو دستورية تحول دون لجوء جهة الإدارة للتحكيم كطريق بديل لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي لاسيما مع نص المشرع الجزائري على إمكانية اللجوء إليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ولا يعد اللجوء إلى هذا الطريق البديل اعتداء على اختصاص القضاء الإداري الذي يظل الاختصاص الأصيل لحل المنازعات الإدارية.

2. الإرادة الذاتية لأطراف العلاقة العقدية هي الركن الأساسي الذي يقوم عليه نظام التحكيم، لأن لهذه الأخيرة الدور الأساسي في إيجاد هذا الأخير للفصل في المنازعة مشاركا بذلك القضاء صاحب الاختصاص الأصيل للفصل فيها، وتظل هذه المشاركة تحت إشرافه.

3. حسنا فعل المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصه صراحة على إلزامية فصل المحكمين في النزاع المعروض عليهم وفقا لقواعد القانون مستبعدا بذلك إمكانية فصل المحكم في النزاع المعروض عليهم كمفوضين بالصلح، لأن التحكيم بالصلح يمنح للمحكم سلطة عدم الالتزام بحرفية القواعد القانونية وإمكانية خلقه لحل ملائم للمنازعة والذي من شأنه أن يؤثر بشكل سلبي على طبيعة العقد الإدارية.

4. ليس هناك تعارض بين المعيارين الاقتصادي والقانوني في تدويل العلاقة العقدية، فالرابطة التي يترتب عليها انتقال الأموال من دولة لأخرى والتي بموجبها يتحقق المعيار الاقتصادي لدولية العقد هي رابطة تتصل بأكثر من نظام قانوني واحد وهو ما يعني توافر المعيار القانوني كذلك.

5. بروز مشكلة القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي منذ اللحظة التي أصبح فيها التحكيم طريقا بديلا يمكن اللجوء إليه لحل المنازعات التي تكتنف هذه العقود بعد أن ظلت هذه المسألة في الظل لفترة طويلة بسبب حظر اتفاق التحكيم في العقود الإدارية في العديد من الدول في فترة سابقة على غرار الجزائر ومصر.

6. أن أحكام التحكيم والتي أوردنا بعضها في البحث انصرف فيها المحكمون عن إعمال قواعد القانون المختار من قبل الأطراف المتنازعة ليحكم العقد، على الرغم من كون هذا الأخير من القوانين التي تعرف نظرية العقد الإداري والذي خصصت له قواعد قانونية غير مألوفة في أحكام القانون الخاص.

7. أن العقود الإدارية ذات الطابع الدولي تجمع في طياتها شروطا حديثة لم يسبق لها وجود في العقود الإدارية على غرار التحكيم وشرطي الثبات التشريعي وثبات العقد، كما أنها تثير مشكلة القانون الواجب التطبيق على النزاع على خلاف العقود الوطنية وهو ما يتنافى مع الإطار العام للنظرية الموضوعية للعقد الإداري.

8. أن العقود الإدارية ذات الطابع الدولي على الرغم من تضمنها هذه الشروط المستحدثة إلا أنها لم تؤثر على الطابع الإداري للعقد لكونها لا تزال تتضمن الجزاءات النصوص عليها في قانون الصفقات العمومية من فسخ العقد ومصادرة مبلغ الضمان، وتحميل المتعاقد المقصر الأعباء المالية المترتبة.

9. على الرغم من أن العقود الإدارية ذات الطابع الدولي لها صفة خاصة بالنظر لتدويلها إلا أنه لا يترتب على ذلك الإفلات من تطبيق القانون الوطني على العقد وهو ما يتفق مع الإطار الموضوعي لفكرة العقد الإداري كما أن أقصى ما يمكن السماح به للأطراف هو تطبيق اختيارهم على نحو لا يتعارض مع القواعد الآمرة في القانون الجزائري.

10. أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم تورد نصوصا قانونية تبين كيفية تطبيق أحكام المادة 1006 منه، في شقها المتعلق بالتحكيم كطريق بديل لحل منازعات الصفقات العمومية بالنظر للطابع الخاص لهذه العقود، على خلاف القانون المصري والذي قام بموجب القانون رقم 9 لسنة 1997 وفي مادته الأولى على إضافة فقرة ثانية لأحكام المادة الأولى من القانون رقم 27 لسنة 1994، التي تبين الكيفية التي تتم بها الموافقة على إدراج شرط التحكيم فيها حيث تنص على:" وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك."

11. أحد أهم الآثار التي تترتب على استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي هو إمكانية خضوع اتفاق التحكيم لقانون آخر غير الذي يخضع له العقد الأصلي، بل ومستقل عن كل القوانين الوطنية.

12. بالنسبة للقواعد الإجرائية لم يعد يعتبر من النظام العام الدولي عدم أهلية الدولة والهيئات العامة لإبرام اتفاقيات للتحكيم على المستوى الداخلي، وهي المسألة التي أثارت الكثير من الجدل في الجزائر كما في أغلب التحكيمات التي كانت فيها دول أو مؤسسات عمومية عربية طرفا.

13. نرى بأن المشكلة الأساسية التي تنجر عن تطبيق القواعد العبر الدولية على العقود الإدارية ذات الطابع الدولي التي نادى بها بعض الفقهاء هو المساس بالطبيعة الخاصة لهذه الأخيرة، وكذا عدم وجود قواعد عبر دولية كافية تلاءم خصوصية هذا النوع من العقود، وحتى ولو قام المحكم بتطبيق هذه القواعد على أساس تغطية النقص في القواعد القانونية في قانون الدولة المتعاقدة فإن المحكم يتعين عليه أن يراعي على وجه الخصوص النظام العام والقواعد الداخلية ذات التطبيق الضروري في قانون هذه الدولة.

14. نرى أن عدم الاعتداد بحكم البطلان فيه إهدار لحجية الحكم القضائي بالنظر لإرادة الأطراف التي اختارت الخضوع لقانون معين وقضاء مقر التحكيم، فمن غير المقبول الاعتراف وتنفيذ أحكام تحكيمية مشوبة بعيب لذا كان لابد من السماح بتقرير الطعن فيها أمام قضاء مختص محدد ومعروف سلفا وفقا لمعايير الاختصاص الدولية مع ضرورة إعطائه الفعالية الدولية، ومما لا شك فيه أن ما تشتمل عليه القوانين الوطنية المنظمة لأحكام التحكيم تشكل مبادئ عامة للبطلان كما أن الاتفاقيات الدولية خاصة اتفاقية نيويورك وجنيف تشتمل على معايير للبطلان معترف بها دوليا كان لها الأثر البالغ عند صدور القوانين الوطنية وهو ما يعكسه اشتمالها على نفس المعايير تقريبا كأسباب للبطلان، وهنا يظهر جليا بأن خضوع أحكام التحكيم لرقابة دولة المقر أمر ضروري للتثبت من قيام المحكم بالمهمة الموكولة إليه من قبل الأطراف المتنازعة وفقا للشروط المتطلبة واحترام كافة الإجراءات لغاية صدور الحكم، لاسيما استيفاء كافة الشروط التي يتضمنها قانون الدولة المطلوب تنفيذه فيها.

ثانيا: الاقتراحات

1. يتعين على الدول المتعاقدة في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي أن تولي عناية بالغة للصياغة التي يتم إعداد شرط التحكيم لأن وجو بعض الثغرات في مضمون شرط التحكيم يسمح للطرف المتعاقد الآخر بالمراوغة والمماطلة.

2. يتعين على الدولة المتعاقدة أن تتحرى الواقعية والدقة في الدراسات الاقتصادية والفنية والمالية ودراسة مدى جدوى المشروع قبل التعاقد.

3. يتعين على الدول المتعاقدة أن تعمل مع المتعاقد الأجنبي معها على حسن اختيار المحكمين الذين سيفصلون في النزاع المعروض على التحكيم، بحيث يكونون ممن يتوافرون على الكفاءة والخبرة والاستقامة والحياد لأن الواقع العملي الذي جسدته مختلف الأحكام التحكيمية أثبت وجود تعسف من جانب بعض المحكمين في الحلول التي انتهوا إليها.

4. بالنظر للأهمية البالغة للقانون الواجب التطبيق من قبل المحكم أو هيئة التحكيم على منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي والذي قد يؤثر سلبا على السمة الإدارية للعقد والتي توفر لجهة الإدارة العديد من الامتيازات في مواجهة المتعاقد معها يتعين أن يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد صراحة وبشكل دقيق في اتفاقية التحكيم أو في الوثيقة التي تستند إليه وأن ينص صراحة فيها على أن هذا العقد من قبيل العقود الإدارية لتفادي تطبيق المحكمين للقواعد المتعارف عليها في الدول المتحضرة أو قانون التجار.

5. يتعين على جهة الإدارة أن تحترم تعهداتها وأن تقوم بتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة عن الهيئات التحكيمية طواعية وأن لا تحاول عرقلة تنفيذها وألا تتمسك بحصانتها القضائية أو حصانتها ضد التنفيذ لأن من شأن ذلك إفقاد الدولة مصداقيتها في تعاملاتها مع الشركات الأجنبية المستثمرة والذي سيشكل سببا مباشرة في عزوف الشركات الأجنبية الأخرى من التعاقد معها ما سيؤثر بشكل سلبي على اقتصاديات هذه الدول.

6. يتعين معالجة جوانب الخطر في التحكيم كطريق بديل للقضاء الوطني وذلك بمعرفة الأصول التي يتم بها هذا الأخير، وأن يهتم بتدريس التحكيم وإعداد جيل من المحكمين والمحامين والمفاوضين الأكفاء، وتدريب وتوعية المهنيين بهذا النظام حتى تكون هذه الخبرات على معرفة بتفاصيل نظام التحكيم، فما خسارة بعض الدول النامية لقضايا التحكيم إلا نتيجة لعدم معرفتها بقواعد وأصول هذا النظام والذي لم يتم فيه إعداد العقود بشكل جيد ودقيق ولم يتم فيها الدفاع وإعداد المستندات بالشكل المطلوب.

7. يتعين على الدول العربية المشاركة في المجامع والمؤتمرات الدولية المتعلقة بهذا الصدد وتوحيد رؤاها سلفا حتى يتسنى لها أن تكون مساهما فاعلا ومؤثرا لا مجرد تابع ومنقاد.

8. يتعين على الدولة في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي وحفاظا على المال العام التحقق من مدى توافر الاعتماد المالي اللازم للإنفاق على المشروع قبل الإعلان عن المناقصة وهذا تفاديا لعدم

دفع مستحقات المتعاقدين الأجانب ومن ثم التأخر في تنفيذ الأعمال والذي سيلحق بالمال العام أضرار لاسيما عندما يلجأ المتعاقد الأجنبي للتحكيم للمطالبة بالتعويض عن التأخر.

9. من خلال استقراء أحكام قانون الصفقات العمومية يفهم ضمنيا أن التحكيم المدرج ضمن العقد لا تكون نهائيا إلا إذا وافقت عليه الجهات المختصة قانونا باعتماد الصفقة، وبالنظر لما يترتب على إدراج شرط التحكيم من آثار على العقود الإدارية والتي يمكن أن تكون سلبية في حالة ما إذا لم يتم صياغتها بشكل دقيق في العقد أو الوثيقة التي تستند إليها، نرى أنه كان على المشرع أن يقوم بإيجاد آليات أخرى (غير موافقة الجهات السابقة) تضمن أن لا يكون للتحكيم آثار سلبية على الدولة بصفة عامة بسبب عدم دقة الصياغة القانونية لأحكام اتفاقية التحكيم كأن يقوم مثلا بالنص على إنشاء هيئة تتكون من خبراء قانونيين واقتصاديين تختص بالنظر في اتفاقيات التحكيم التي سيتم الموافقة عليها وذلك قبل أن يتم اعتماد الصفقة بصفة نهائية، ولأداء هذه الأخيرة لمهامها بأكمل وجه يتعين العمل على تكوين أعضائها وإخضاعهم لفترة تربص أولا.

ونرى أنه يتعين أن تصدر الموافقة من قبل مجلس الوزراء بمرسوم يوقع عليه كل وزير المالية أو الوزير المختص حسب الأحوال وذلك فيما يتعلق بعقود الأشغال العامة والتوريدات الخاصة بالدولة أما إذا تعلق الأمر بالمديريات فيجب أن يناقش مجلس المديرية التحكيم ويوافق عليه الوزير المختص.

10. نص المشرع الجزائري على إمكانية قيام أي سلطة من السلطات السابقة بتفويض صلاحياتها في مجال الموافقة النهائية على الصفقة إلى المسؤولين المكلفين بتحضير الصفقات وتنفيذها، أمر خطير جدا في اتفاق التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي لأن من شأن ذلك أن يؤدي لاستبعاد تطبيق القانون الوطني على هذا النوع من العقود والذي من شأنه المساس بشكل مباشر بالسمة الإدارية للعقد، لاسيما وأن تشكيلتهم تتضمن أعضاء وجودهم ضروري لتحضير الصفقة وإتمام تراتيبها غير أنها لا تتضمن مختصين وخبراء في التحكيم.

11. بالنظر لما كرسته أحكام التحكيم في العديد من القضايا التي عرضت عليها والتي أوردنا أمثلة عنها في دراستنا التحكيم كلما صادفت بعض الثغرات في القانون الذي اختاره الأطراف من وجهة نظر محكمة التحكيم فإنها تستبدله بما تراه ملائما لحكم العلاقة العقدية، وفي رأينا وحتى تتفادى أية دولة إلزامها من طرف هيئة التحكيم بأحكام قواعد تختارها هذه الأخيرة لحكم العلاقة التعاقدية، هو نصها صراحة في النصوص القانونية التي نظمت التحكيم على أنه في حالة وجود نقص في أحكام القانون الواجب التطبيق يتم تطبيق المصادر الاحتياطية في ذات القانون، وفي حالة عدم إيفاء هذه الأخيرة بالغرض يتم اللجوء إلى قواعد القانون والأعراف التي تراها هيئة التحكيم ملائمة.

12. لما كانت السرعة في الفصل في النزاع هي الهدف من اللجوء إلى إدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي بالإضافة لجملة من الأسباب الأخرى، نرى وإن كان المشرع لم يحدد ابتداء مدة يعين إصدار الحكم التحكيمي خلالها تاركا الحرية للأطراف رغبة منه في تجسيد مبدأ حرية الأطراف المتعاقدة، إلا أنه كان من المستحسن تحديد أجل أقصى لا يتعين تجاوزه ويكون لمدة 4 أشهر مثلا، مع إجازة التمديد متى اقتضت الضرورة ذلك ولمرة واحدة وتحديد مدة للتمديد وأن لا تتجاوز هذه الأخيرة المدة الأولى.

13. يتعين على المشرع بعد نصه على إمكانية أن يقوم المحكم بتفسير الحكم، أن يقوم بتحديد أجل معين يتعين عليه إصداره خلاله وهو ما أغلفه، كما أنه وفي ذات السياق يتعين على المشرع أن يحدد مدة يلتزم فيها المحكم بإصدار تصحيح الأخطاء المادية والإغفالات التي تشوبه.

14. نرى أن المشرع الجزائري أغفل حالة نرى أنها من أكثر الحالات أهمية في ترتيب البطلان وهي حالة استبعاد القانون الواجب التطبيق الذي تم اختياره بناء على اتفاق الأطراف، لأن القانون الواجب التطبيق على العقود الإدارية ذات الطابع الدولي ذو أهمية بالغة، من حيث تكييف العقود وكذا الآثار المترتبة على هذا التكييف....الخ، ومن ثم فترتيب البطلان على استبعاد القانون المختار يعد نتيجة حتمية لأن أحكام التحكيم كرست مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق وحماية له كان من المستحسن لو أن المشرع نص على حالة استبعاد القانون المختار من قبل المحكم أو هيئة التحكيم، كما أن المشرع لم ينص على حالة وجود التأثير غير مشروع الذي قد يقع على أحد أعضاء المحكمة كسبب للطعن في الحكم التحكيمي، مع أن الأمر وارد لاسيما في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي.

المصادر والمراجع

المصادر والمراجع:

أولا: المصادر.

* المنجد في اللغة والإعلام، دار المشرق بيروت، الطبعة التاسعة والعشرون، 1988.

ثانيا: النصوص الرسمية.

أ) الدســـاتير

▪ دستور 1996 المعدل بالقانون رقم 03/02 المؤرخ في 10 أفريل 2002، ج ر عدد 25، والقانون رقم 19/08 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008.

ب) الاتفاقيات الدولية

▪ اتفاقية نيويورك لسنة 1958من أجل الاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية، المنضم إليها بتحفظ بموجب المرسوم رقم 233/88 المؤرخ في 5 نوفمبر 1988، ج ر عدد 48.

▪ اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى لسنة 1965، الموافق عليها بموجب الأمر رقم 04/95 المؤرخ في 21 يناير 1995، ج ر عدد 7.

ج) الــقوانين

▪ القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21.

د) الأوامــر

▪ الأمر رقم 44/75 ،المؤرخ في 17 يونيو 1975 ،المتضمن التحكيم الإجباري لبعض الهيئات، ج ر عدد 53.

▪ الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 مايو 2007، ج ر عدد 31.

▪ الأمر رقم 08/06 المؤرخ في 15 يوليو 2006، المعدل والمتمم للأمر رقم 03/01 المؤرخ في 20 أوت 2001، المتضمن تطوير الاستثمار، ج ر عدد 47، الموافق عليه بمقتضى القانون رقم 17/06 المؤرخ في 14 نوفمبر 2006، ج ر عدد 72.

▪ الأمر رقم 04/08 المؤرخ في 1 سبتمبر 2008، المتضمن تحديد شروط وكيفيات منح الامتياز والتنازل عن الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج ر عدد 49، الموافق عليه بمقتضى القانون رقم 20/08 المؤرخ في 23 نوفمبر 2008، ج ر عدد 66.

هـ) المراسيم

- المرسوم الرئاسي رقم 250/02، المؤرخ في 24 يوليو 2002، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 338/08 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008، ج ر عدد 52.
- المرسوم الرئاسي رقم 236/10، المؤرخ في 7 أكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 58، المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 98/11 المؤرخ في 1 مارس 2011، ج ر عدد 14.
- المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 25 أفريل 1993، المعدل والمتمم للأمر رقم 154/66المؤرخ في 8 يونيو والمتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر عدد 27.
- المرسوم التنفيذي رقم 282/01 المؤرخ في 24 سبتمبر 2001، المتضمن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وتنظيمها وسيرها، ج ر عدد 55.
- المرسوم التنفيذي رقم 356/06 المؤرخ في 9 أكتوبر 2006، المتضمن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وتنظيمها وسيرها، ج ر عدد 64.
- المرسوم التنفيذي رقم 188/08، المؤرخ في 1 يوليو 2008، المتضمن كيفيات منح رخصة استغلال مقالع الحجارة والمرامل وتعليقها وسحبها، ج ر عدد 37.

ثالثا: المؤلفات

أ) باللغة العربية

1. أبو أحمد علاء محي الدين مصطفي، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، د ط، 2008.

2. إبراهيم نادر محمد، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 2002.

3. إبراهيم خالد ممدوح، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2008.

4. الأحدب عبد الحميد ، موسوعة التحكيم (التحكيم الدولي)، الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثالثة مزيدة ومنقحة، 2008.

5. إسماعيل محمد عبد المجيد، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، د ط، 2003.

6. البهجى عصام أحمد، عقود البوت B.O.T الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، د ط، 2008.

7. بوضياف عمار، الصفقات العمومية في الجزائر، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى، 2007.

8. البنا محمود عاطف، العقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، 2007.

9. جمال الدين صلاح الدين ، محمود مصيلحي، الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية،دار الفكر الجامعي، الأزاريطة، د ط.

10. واصل محمد، حسين بن علي الهلالي، الخبرة الفنية أمام القضاء (دراسة مقارنة)، المحكمة العليا، مسقط، د ط، 2004.

11. الحبشى مصطفى عبد المحسن ، الوجيز في عقود البوت B.O.T، دار الكتب القانونية، مصر، د ط، 2008.

12. الحداد حفيظة السيد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د ط، د س.

13. الحداد حفيظة السيد، القانون القضائي الخاص الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د ط، 1990.

14. الحداد حفيظة السيد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د ط، 2001.

15. الحداد حفيظة السيد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب (تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د ط، 2007.

16. الحلو ماجد راغب ، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأزاريطة، د ط، 2004.

17. لباد ناصر ، الوجيز في القانون الإداري، مطابع حسناوي، الجزائر، الطبعة الثانية، 2007.

18. لونغ مارسو، بروسبيرفيل، وآخرون، القرارات الكبرى في القضاء الإداري، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى، 2009.

19. مجموعة نورتون روز، التحكيم في الشرق الأوسط، مجموعة نورتون روز، هونج كونج، الطبعة الثالثة، 2008.

20. محمدين جلال وفاء ، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (القواعد، الإجراءات، الاتجاهات الحديثة)، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، د ط، 2001.

21. محمود سلام أحمد رشاد ، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية (B.O.T) في مجال العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط، 2004.

22. منصور محمد حسين ، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، د ط، 2006.

23. مسعود محمودي ، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د ط، 2006.

24. مغبغب نعيم ، عقود مقاولات البناء والأشغال الخاصة والعامة، دون دار نشر، دون بلد نشر، الطبعة الثالثة، 2001.

25. النداوي آدم وهيب ، المرافعات المدنية، دار الكتاب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، بغداد، د ط، 1988.

26. نصار جابر جاد، الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط، 2000.

27. سامي فوزي محمد، التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الرابعة، 2009.

28. سيد أحمد جيهان حسن، عقود البوت B.O.T وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط، 2002.

29. السنهوري عبد الرزاق أحمد ، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المجلد الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية.

30. السرطاوي محمود علي، التحكيم في الشريعة الإسلامية، دار الفكر، عمان، الطبعة الأولى،2007.

31. عبد النعيم محمد أحمد، حدود الرقابة القضائية على التحكيم الداخلي في منازعات العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط، 2002.

32. عكاشة حمدي ياسين، موسوعة العقود الإدارية والدولية (العقود الإدارية في التطبيق العملي: المبادئ والأسس العامة)، منشأة المعارف، الإسكندرية، د ط، د س.

33. عكاشة حمدي ياسين، العقود الإدارية في التطبيق العملي (المبادئ والأسس العامة)، منشأة المعارف، الإسكندرية، د ط، د س.

34. علي حسن طرح البحور، الاختصاص القضائي الدولي بحكم التحكيم، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2006.

35. علي صادق هشام، عقود التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،د ط، 2007.

36. عشوش أحمد عبد الحميد ، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، د ط، 1990.

37. الرومي محمد أمين ، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، دار الكتب القانونية، مصر، د ط، 2008.

38. الشيخ عصمت عبد الله، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط، 2003.

39. شرف الدين أحمد ، تسوية منازعات عقود الإنشاءات الدولية (نماذج عقود الفيدك)، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، 2005.

40. التحيوي محمود السيد ، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأزاريطة، د ط، 1999.

41. التحيوي محمود السيد عمر ، التحكيم بالقضاء والتحكيم مع التفويض بالصلح، منشأة المعارف، الإسكندرية، د ط، 2002.

42. التحيوي محمود السيد عمر ، التجاء الجهات الإدارية للتحكيم الاختياري في العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د ط، 2003.

43. التحيوي محمود السيد عمر، أنواع التحكيم وتمييزه عن غيره، الكتب العربي الحديث، الإسكندرية، د ط، 2009.

44. خالد هاشم، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي (نشأته، مباحثه، مصادره، طبيعته) دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د ط، 2006.

45. خالد هشام، ماهية العقد الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، د ط، 2007.

46. خطار شطناوي علي ، الوجيز في القانون الإداري، دار وائل للنشر، الأردن، الطبعة الأولى، 2003.

47. خليفة عبد العزيز عبد المنعم ، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، د ط، 2004.

48. خليفة عبد العزيز عبد المنعم، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د ط، 2007.

49. خليفة عبد العزيز، الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، د ط، 2008.

50. طنطاوي ممدوح ، التوفيق والتحكيم ولجان فض المنازعات الغرف التجارية ومراكز التوفيق والتحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2003.

ب) المؤلفات باللغة الفرنسية

1. Nadine Poulet- Gibot Leclerc , Droit Administratif (Sources, moyens, contrôles), Bréal, Paris, 3 éme édition, 2007.

2. Patrick Janin, Méthodologie du droit administratif, Ellipses édition Marketing S.A, Paris, 2007.

3. Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman, Traité de L'arbitrage commercial international, Edition Litec, Paris, 1996.

ج) المؤلفات باللغة الانجليزية

1. Georgios I. Zekos, International Commercial and Marine arbitration, Routledge-Cavendish, Abingdon, 2008.

2. Ian R.Macneil, American Arbitration Law, Oxford University Press, New York, 1992.

3. Julia HÖrnle, Cross-Border Internet Dispute Resolution, Cambridge University Press, New York, First Edition, 2009.

4. Nael G. Bunni, The FIDIC Forms of Contract, Blackwell publishing Ltd, Oxford, Third Edition, 2005.

5. Ray Turner, Arbitration Award: a practical approach , Blackwell Publishing, Oxford, UK, First edition, 2005.

6. Salah Eldin Gamal Eldin, International Contracts and Arbitration, Dar El Fikre El Gamie, Sotter st, Alex, First Edition, 2007.

رابعا: المذكرات والأطروحات

أ) باللغة العربية



1. آل جابر لقرني زهير عبد الله علي ،" دور القضاء في التحكيم"، بحث مقدم استكمالا للحصول على درجة الماجستير في العدالة الجنائية تخصص التشريع الجنائي الإسلامي ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا،قسم العدالة الجنائية، الرياض، 2008.

2. آل فريال عبد العزيز بن عبد الرحمن بن عبد الله، "تنفيذ أحكام التحكيم الوطنية والأجنبية في المملكة العربية السعودية،" بحث مقدم استكمالا للحصول على درجة الماجستير في العدالة الجنائية تخصص التشريع الجنائي الإسلامي ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، الرياض، 2006.

3. داود أشجان فيصل شكري، "الطبيعة القانونية لحكم التحكيم وآثاره وطرق الطعن فيه (دراسة مقارنة)"، بحث مقدم استكمالا للحصول على درجة الماجستير في القانون ، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، نابلس،2008.

4. الدخيل خالد عبد العزيز محمد، "التحكيم في النظام السعودي على ضوء الفقه الإسلامي"، بحث مقدم استكمالا للحصول على درجة الماجستير في العدالة الجنائية تخصص التشريع الجنائي الإسلامي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، الرياض، 2004.

5. الراجحي إياس بن منصور، "مسؤولية المحكم في نظام التحكيم السعودي"، بحث مقدم استكمالا للحصول على درجة الماجستير في العدالة الجنائية تخصص التشريع الجنائي الإسلامي ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، الرياض،2008.

6. الراجحي ناصر بن حمد، "التحكيم في المنازعات المالية في الفقه والنظام السعودي"، بحث مقدم استكمالا للحصول على درجة الماجستير في العدالة الجنائية تخصص التشريع الجنائي الإسلامي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا،قسم العدالة الجنائية، الرياض، 2008، ص 26.

ب) باللغة الفرنسية

1. Ibrahim Rèfaat Mohamed El-Béhérry, " Théorie Des Contrats Administratifs et Marchés Publics Internationaux ", Thèse pour le Doctorat en Droit_, Institut du Droit, de La Paix et Développement (I.D.P.D), Université de Nice Sophia-Antipolis, Nice, Mars 2004.

2. Nicolette Kost De Sèvres, Le Consentement à la Convention d`arbitrage Commercial International : évolution et développements récents en droit québécois et en droit International, Mémoire présenté à la Faculté des études supérieure en vue de l`obtention du

grade de LL.M en droit, Option droit des affaires, Université de Montréal, Faculté des études supérieures, Québec, Décembre 2005.

خامسا: المجلات والدوريات

أ) باللغة العربية

1. أبو مغلي مهند عزمي ، الجهني أمجد حمدان ، "رقابة القضاء على حكم التحكيم في القانون الأردني"، مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الإمارات، العدد الثامن والثلاثون، أفريل 2009.

2. أسرة التحرير، "نصوص وقوانين واتفاقيات التحكيم وطنيا وإقليميا ودوليا"، مجلة معهد القضاء، معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية، الكويت، العدد السادس عشرة، ديسمبر 2008.

3. أسرة التحرير، "مؤسسات التحكيم"، مجلة معهد القضاء، معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية، العدد السادس عشرة، ديسمبر 2008.

4. البوسعيدي طارق بن هلال، " الطبيعة القانونية لعقود الامتياز والاستثمار التي تبرمها الدولة وفقا لنظام B.O.T"، مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الإمارات، العدد السادس والثلاثين، أكتوبر 2008.

5. البشبيشي أمل نجاح ، " نظام البناء والتشغيل والتحويل"، سلسلة جسر التنمية، المعهد العربي للتخطيط، الكويت، العدد الخامس والثلاثون، نوفمبر 2004، السنة الثالثة.

6. دهال رياض، حسن الحاج، " حول طرق الخصخصة"، سلسلة أوراق عمل، المعهد العربي للتخطيط، الكويت، دون ذكر العدد، 1998.

7. ديب فؤاد ، " المحكم الدولي ونظم تنازع القوانين الوطنية"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، ، جامعة دمشق، دمشق، المجلد الرابع والعشرون، العدد الثاني، 2008.

8. حزبون جورج حزبون ، عبيدات رضوان ، "إلزامية قرارات التحكيم وقوتها التنفيذية في التحكيم المحلي والدولي"، مجلة الشريعة والقانون، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، الأردن، العدد السادس والعشرون، أفريل 2006.

9. حنش زيد عبد الله، "التحكيم الدولي الخاص"، مجلة البحوث القضائية، المكتب الفني بالمحكمة العليا، اليمن، العدد الثاني، 2005.

10. طالبي حسن، " خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، العدد الأول، 2008.

11. المصري محمد وليد، " العقد الدولي بين النظرة التقليدية والنظرة الحديثة"، مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الإمارات، العدد العشرون، يناير 2004.

12. منير محمد كمال، " مدى جواز الاتفاق على الالتجاء إلى التحكيم الاختياري في العقود الإدارية"، مجلة العلوم الإدارية، الشعبة المصرية للمعهد الدولي للعلوم الإدارية، القاهرة، السنة الثالثة والثلاثون، العدد الأول، يونيو 1991.

13. متري موسى خليل، " تمويل المشاريع (هيكلة الــ B.O.T)" ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة دمشق، دمشق، المجلد الحادي والعشرين، العدد الثاني، 2005.

14. عبد الحميد خالد، " نطاق القوة الملزمة لاتفاق التحكيم"، مجلة معهد القضاء، معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية، الكويت، السنة السابعة، العدد السادس عشر، ديسمبر 2008.

15. عبد القادر قاسم العيد، " تنفيذ أحكام التحكيم وفقا لبعض التشريعات الوطنية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، العدد الثاني، 2009.

16. رسلان أحمد أنور ، " التحكيم في منازعات العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، مجلة الأمن والقانون، القيادة العامة لشرطة دبي، كلية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، السنة السادسة، العدد الأول، يناير 1998.

17. الشرقاوي محمود سمير ، "التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات"، مجلة إتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد الثالث، أفريل 1996.

18. تراري ثاني مصطفى ، "استقلالية اتفاق التحكيم كمبدأ من مبادئ التحكيم التجاري الدولي المعاصر"، مجلة دراسات قانونية: مجلة شهرية متخصصة في الدراسات والبحوث القانونية، دار القبة للنشر والتوزيع، الوادي، الجزائر، العدد التاسع، أفريل2003.

19. خضر حسان ، "خصخصة البنية التحتية"، سلسلة جسور التنمية، المعهد العربي للتخطيط، الكويت، العدد الثامن عشر، يونيو– حزيران 2003، السنة الثانية.

20. غصن خليل ، "مدى سريان الاتفاق التحكيمي على الغير في سلسلة العقود"، مجلة التحكيم والقانون الخليجي، مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، البحرين، العدد التاسع، مارس 2009.

ب) باللغة الفرنسية

1. Arnoldo WALD, " La résolution, par l`arbitrage, des conflits entre l`administration publique et les entreprises privées en droit Brésilien" , Gazette du Palais "Journal Spécial des sociétés Française par actions" , Lextenso édition, Paris, N^0 2007/ 2, Juillet 2007.

2. Michael SCHOLL, "Arbitrage et droit privé européen: Critique d' une incursion " , Gazette du Palais "Journal Spécial des sociétés Française par actions" , Lextenso édition, Paris, N^0 2007/ 2, Juillet 2007 .

ج) باللغة الانجليزية

WIPO Arbitration And Médiation Centre, "Dispute Resolution For The 21 st Century", WIPO Arbitration And Mediation Centre, World Intellectual Property Organization (WIPO) Arbitration and Mediation Center, Switzerland.

سادسا: المواقع الإلكترونية

1. محمد سامي الشوا، " التحكيم التجاري الدولي أهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية"،

http://slconf.uaeu.ac.ae/papers/n1/mohamed%20alshawa.pdf

2. كريم الطوبجي، " الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم"،

http://www.mohamoon.com/montada/default.aspx?action=display&id=68668&type=3&keyword=

الطبيعة القانونية للتحكيم ، تاريخ 2007/12/20 الساعة 1:06:41 PM

3. أشرف خليل رويه، " الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم"،

http: // arlawfirm.com./ADVdetails.Asp?id=535.، تاريخ 2006/8/6

4. دويب حسين صابر عبد العظيم، " التحكيم في العقود الإدارية وعقود BOT"

http: //slconf.uaeu.ac.ae/papers/ni/ doib%20husin. pdf

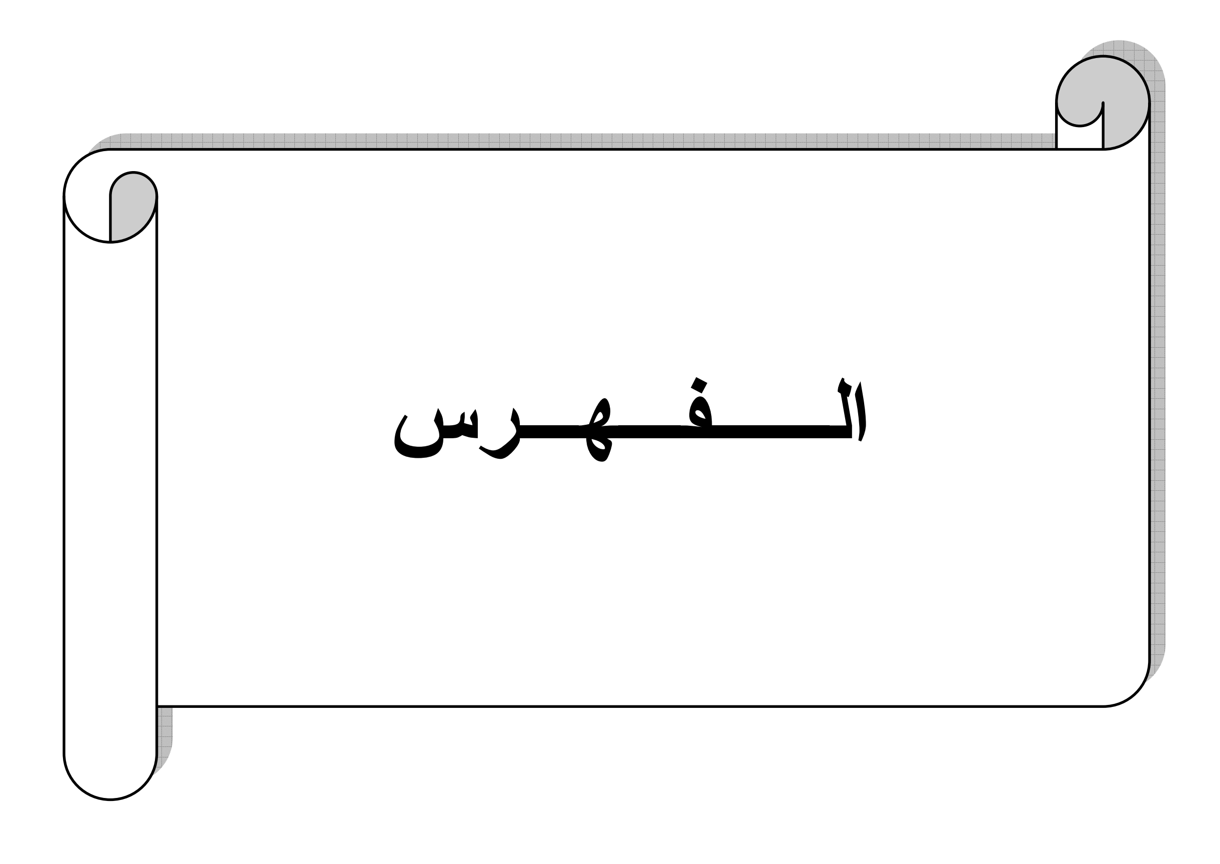
5. شريف يوسف خاطر، " التحكيم في مجال العقود الإدارية دراسة مقارنة بين القانونين الفرنسي والمصري

http://slconf.uaeu.ac.ae/papers/n1/shrife%20khter.pdf"

6. KPMG،" دليل الاستثمار في الجزائر"،

http://www.ambalgdamas.com/dz/algimages/pdf/Investirar.pdf




الفهرس

الصفحة	الفهرس
	مقدمة
41-1	**فصل تمهيدي: الإطار المفاهيمي للتحكيم**







الـــملخص:

عرف التحكيم منذ القدم، إلا أنه أصبح الآن من مظاهر العصر بالنظر لأهميته الكبيرة لاسيما في المعاملات التجارية، فالاعتبارات العملية تدعو دائما للاتفاق على التحكيم وطرح المنازعات التي تنشأ على أشخاص محل ثقة من الأطراف المتنازعة عوضا عن طرحها على المحاكم المختصة بهدف الاستفادة من خبرتهم الفنية، وكذلك تجنب علانية الجلسات المكرسة من قبل القضاء وكذا الاقتصاد في الوقت والجهد والنفقات.

وفي ظل الانفتاح الاقتصادي انتشر نظام التحكيم وأخذت به غالبية النظم القانونية الداخلية وامتد نطاق تطبيقه لمجالات كانت بالأمس القريب بعيدة عنه كما هو الحال في العقود الإدارية والتي تكون الدولة أو أحد أشخاص القانون العام طرفا فيها، واقترن ازدهار التحكيم واتساع آفاقه في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي بنمو العلاقات الاقتصادية الدولية بين الأشخاص الأجانب والدولة بعد أن عجزت الدول التي تقتصر على الادخار الوطني فيها وعائدات ثرواتها الطبيعية عن الوفاء بالحاجة المتزايدة لرؤوس الأموال التي تستلزمها خططها التنموية.

Abstract:

Known to arbitration since ancient times, but it has now become the manifestations of age in view of great importance, especially in commercial transactions, Valaattabarat process is always calling for the agreement to arbitrate and put disputes on persons in trust of the disputing parties rather than presenting them to the competent courts in order to benefit from their expertise, as well as to avoid public hearings devoted by the judiciary, as well as saving time, effort and expenditure.

In the light of economic openness has spread arbitration system and took it the majority of the domestic legal systems and extended its scope of application to the areas was yesterday far from him as is the case in administrative contracts, which the State or a person in public law a party, coupled with the prosperity of the arbitration and the widening horizons in the management contracts of an international character growth of international economic relations between foreign persons and the state after the failed states which are limited to the national savings and the proceeds of natural resources to meet the growing need for capital required by the development plans.